Der Minderkaufmann.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erwin Riedemann

Referendar in Hamburg.

ACAD. LIBRAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinen Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0029

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Kurzer Hinweis auf die Minderkaufmannseigenschaft nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch 1

B. Der Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.

§ 2. I. Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft 10

II. Die Kreise der Minderkaufleute.

§ 3. 1. Handwerker 15

§ 4. 2. Kleingewerbetreibende 38

§ 5. 3. Die Befugnisse der Landesregierungen . . . 47

III. Rechtliche Stellung der Minderkaufleute.

§ 6. 1. Die Vorschriften über die Handelsfirma . . . 53

§ 7. a) Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann 64

§ 8. b) Der im Verkehr als Vollkaufmann auftretende Minderkaufmann 71

§ 9. 2. Die Vorschriften über die Handelsbücher . . . 74

§ 10. 3. Die Vorschriften über die Prokura 77

§ 11. 4. Die Gesellschaften der Minderkaufleute . . . 78

§ 12. 5. §§ 348—350 HGB. und andere dem Minderkaufmann eine gesonderte Stellung einräumende Vorschriften 81

§ 13. 6. Voll- und Minderkaufmann in einer Person . 83

§ 14. **C. Schlußbemerkungen** 87

Literaturverzeichnis.

I.

Anschütz und **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Dr. Allfeld. Erlangen 1899.

Bang, Die rechtliche Stellung der Handwerker nach dem Handelsgesetzbuch. Dissert. Leipzig 1904.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin und Leipzig 1886.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Buchka, **Oetker** und **Lehmann**, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt. Berlin 1899.

Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie. Teil 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Damme, Vervollständigung des Handelsregisters oder Beschränkung des Kaufmannsstandes. Bei Kohler und Ring, Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 3 Heft 1 S. 348 f. Berlin 1889.

Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann. In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen S. 297 ff. 1898.

Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Buch 1. Mannheim 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 2. Aufl. München 1901.

Fuld, Fabrik und Werkstätte. Im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 13 S. 537 ff.

Gareis, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 3. Aufl. München 1900.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gareis und **Fuchsberger,** Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Stuttgart 1875.

Grotefendt, Vollkaufmann und Minderkaufmann. Dissert. Breslau 1899.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1 2. Lieferung 4. Aufl. Braunschweig 1894, Bd. 2 2. Aufl. 1875.

Helmecke, Der Begriff des Minderkaufmanns. Dissert. Magdeburg 1906.

Könige, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1899.

Kuhn in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen S. 124 ff. 1904.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 4. Aufl. München 1903.

Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer. Halle 1903.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Lieferung. Leipzig 1905.

Lehmann und **Ring,** Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Litthauer, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 12. Aufl. Berlin 1901.

Lotze, Zum Begriff des Kleingewerbes. In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 404 ff.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Plange, Der Minderkaufmann. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1903.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl. Leipzig 1893.

Richter, Der Minderkaufmann. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1908.

Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Rudorff, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Stuttgart 1898.

Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschem Handelsrecht. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 48 S. 418 ff., Bd. 49 S. 29 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900. (Staub 6./7. Aufl.). 8. Aufl., besorgt von Könige, Stranz und Pinner. Berlin 1906. (Staub.)

Staub, Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung S. 421 ff. 1898.

Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Weiß, Über den Begriff des Minderkaufmanns. Dissert. Leipzig 1905.

II.

Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von v. Kohlhaas. Freiburg und Leipzig.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig. (RG. in Zivils.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig. (RG. in Straff.)

Entscheidungen, sämtliche, des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Handelsrechts, herausgegeben von Fuchsberger, Gießen. (ROHG.)

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6.

Hahn-Mugdan, Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897. (Hahn, Mat.)

Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. (OVG.)

Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann. Berlin.

Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von Conrad und Loening.

Johow-Ring, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Berlin. Berlin.

Juristenzeitung, Deutsche, begründet von Laband, Stenglein und Staub. Berlin. (DJZ.)

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Neumann. Berlin.

Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Nürnberg 1857—1861.

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel. Hannover und Leipzig.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan-Falkmann. Leipzig.

Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik, herausgegeben von Francke. Leipzig.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgegeben von Lohe. Leipzig. (Zentralbl. f. fr. G.)

III.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 6. Aufl. Leipzig 1901.

Hälschner, Lehrbuch des Strafrechts. Bonn 1881—1887.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1902.

Jastrow, Die Gesetze des Reichs und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit. 3. Aufl. Berlin 1902.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6./7. Aufl. Berlin 1908.

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. 2. Aufl. 1895, 3. Aufl. 1905.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl. Berlin 1901.

Sydow-Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 9. Aufl. Berlin 1902.

Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts. Berlin 1871—1877.

A. Einleitung.

§ 1.

Kurzer Hinweis auf die Minderkaufmannseigenschaft nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch.

Der Begriff Minderkaufmann war schon dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch bekannt. Der Ausdruck selbst ist vom Gesetz zwar nie verwandt worden, seine Prägung ist vielmehr von Goldschmidt[1]) ausgegangen, der die Kaufleute, welche nicht uneingeschränkt allen Vorschriften des Handelsgesetzes unterfallen, Kaufleute minderen Rechtes (minoris juris) nennt. Seitdem ist die kurze Bezeichnung „Minderkaufmann" im Gegensatz zum „Vollkaufmann" (optimi juris) von der Doktrin übernommen und ständig gebraucht, während das von Thöl[2]) im gleichen Sinne verwandte Wort „Kleinkaufmann" keinen Anklang gefunden hat.

Ausgehend von der Erwägung, daß viele Vorschriften, die den Großkaufleuten, den Inhabern von Fabriken und Unternehmungen großen Umfangs den weitgehendsten Vorteil und Nutzen brachten, auf eine ganze Reihe von

[1]) Goldschmidt S. 46 IV, 2, S. 521.

[2]) Thöl § 39 S. 144 ff.

Gewerbetreibenden nur von nachteiligem Einfluß sein mußten, lagen bei der Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuches mehrere Anträge vor, die darauf abzielten, diese Kleingewerbetreibenden und mit ihnen die Handwerker aus dem Rahmen des neu zu schaffenden Gesetzes herauszulassen. Man wollte in ihnen keine Kaufleute im Sinne des Gesetzes sehen.[1])

Andererseits waren auch Ansichten vertreten, die im Gegenteil diese Klasse von Gewerbetreibenden als Kaufleute in das zu schaffende Gesetz aufnehmen wollten. Zwischen diesen beiden einander schroff gegenüberstehenden Ansichten bildeten sich vermittelnde Meinungen, die

[1]) Der Begriff „Kaufmann" hat im juristischen Sinne im Laufe der Zeiten mehr und mehr Erweiterung erfahren. Während noch das kanonische Recht (canon 11 § 2 Dig. 88) wie auch heute noch vielfach der allgemeine Sprachgebrauch des täglichen Lebens mit den Worten „Qui cumque rem comparat non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator, qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram et immutatam dando (vel: vendendo) lucretur, ille est mercator, qui de templo dei eicitur" (vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 417 Note 1) nur den als Kaufmann aufgefaßt wissen will, der reine Umsatzgeschäfte in Waren betreibt, wird später der Geldgeschäfte Betreibende, der Bankier, mit zu den Kaufleuten gerechnet: Geld ist zur Ware geworden. So rechnet das allgem. preuß. Landrecht den Bankier zu den Kaufleuten (II, 8 § 475), während es noch den Fabrikunternehmer und Schiffsreeder (II, 8 §§ 483, 484) nur in die Reihe derer einreiht, die kaufmännische Rechte haben sollen, wodurch gerade zum Ausdruck gebracht wird, daß es die Letztgenannten noch nicht als Kaufleute anerkennt (vgl. Bang S. 19).

schließlich obsiegten und dadurch im allgem. deutschen Handelsgesetzbuch den Begriff „Minderkaufmann" herausbildeten. Man unterstellte die Kleingewerbetreibenden und zum Teil die Handwerker im allgemeinen den Vorschriften des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches, nahm sie jedoch in wesentlichen Punkten von denselben aus. Dadurch war eine Teilung im Handwerkerstand geschaffen in Handwerker, die Kaufleute im Sinne des Gesetzes waren, und solche, die es nicht waren, eine Teilung der Kaufleute im Sinne des neuen Gesetzes in solche, die allen Vorschriften des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches unterfielen, und solche, bei denen das nicht der Fall war, kurz in Voll- und Minderkaufleute. Die erstgenannte Scheidung traf Art. 272 Ziff. 1, 5 a. HGB., die zweite Art. 10.

Ohne weiteres klar ist es, daß die Kaufmannseigenschaft Grundlage und Vorbedingung für den „Minderkaufmann" ist. Es kann niemand Minderkaufmann sein, der nicht zugleich Kaufmann überhaupt ist.

Letzteres war nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, das einen selbständigen Kaufmannsbegriff nicht schuf, ein jeder, der bestimmte Geschäfte gewerbsmäßig betrieb. Welches diese Geschäfte waren, bestimmten Art. 271 und Art. 272.

Sonach fielen ohne weiteres auch die Kleingewerbetreibenden und Handwerker, soweit sie derartige Geschäfte betrieben, unter den Begriff Kaufmann, sie waren im Sinne des Gesetzes Kaufleute. Hierin hatte die weiter-

gehende, in der Hauptsache von Endemann[1]) verfochtene Idee wenigstens zum Teil ihre Verwirklichung gefunden, zum Teil nur, da Endemann alle Handwerker schlechthin als Kaufleute charakterisiert wissen wollte.

Durch Schaffung des Art. 10 ist jedoch diese weitgehende, den tatsächlichen Erfordernissen auch keineswegs entsprechende Vorschrift im wesentlichen eingeschränkt worden.[2])

Art. 10 besagt: „Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, im Falle es erforderlich erscheint, diese Klassen genauer festzusetzen.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes,

---

[1]) W. Endemann in seinem Entwurf eines deutschen HGB. 1858 S. 15, 16: Freilich will es nicht in den Kopf, daß nötigenfalls der Verkauf von Kamillen oder Feldkümmel, den eine Bettlerin sammelt, Handel sein und vor das Handelsgericht kommen soll. Allein nirgends zwischen da und dem Umsatz von Millionen an Wert ist ein fester Punkt, an den sich eine Unterscheidung, was Handel sei oder nicht, anlehnen mag ... und die größte Rechtsgleichheit in diesem Sinne ist das letzte Ziel.

[2]) Goldschmidt S. 515.

auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebiets keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebiets Anwendung finden sollen".

Hierdurch ist der Begriff Minderkaufmann geschaffen; die im Art. 10 genannten Personen sind Kaufleute, aber nicht mit allen Rechten und Pflichten, sie sind „minoris juris".

Der Kreis der Minderkaufleute nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch war, abgesehen von Abs. 3 des Art. 10, ein eng begrenzter. Die von dem Gesetz namentlich aufgeführten Berufsarten (Höker, Trödler usw.) bedürfen keiner besonderen Erläuterung. Ihnen fügte das Gesetz noch zwei allgemeine Kategorien hinzu:

1. dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe. Hiermit ist nicht jeder Gewerbetreibende, der in geringfügiger Weise seine Geschäfte betreibt, gemeint,[1]) sondern nach richtiger Ansicht ist auf das Wort „dergleichen" insofern Gewicht zu legen, als der Gesetzgeber nur solche Handelsleute treffen wollte, deren Gewerbebetrieb

[1]) So Anschütz-Völderndorff, Komm. z. HGB. Anm. 20 zu Art. 10 Bd. 1 S. 79.

Ähnlichkeit mit dem der Höker usw. aufweist und dabei von geringem Umfange ist.[1])

2. Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht.

Sonach waren alle Handwerker, soweit sie überhaupt Kaufleute sind, Minderkaufleute, einerlei wie groß oder klein ihr Betrieb sei.

Eine ungemein weite Befugnis räumt jedoch der Art. 10 den Landesgesetzen durch die im Abs. 3 gemachten Vorbehalte ein. Dadurch wurde der Begriff des Minderkaufmanns ein unübersehbarer und insofern schrankenloser, als die Landesgesetze alle Kaufleute ihres Staatsgebietes zu Minderkaufleuten stempeln konnten, wie sie auch die genannten Minderkaufleute zu Vollkaufleuten machen konnten. Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch erklärte sich selbst im Art. 10 insoweit als subsidiäres Recht. Die Landesgesetze konnten nach Belieben abweichende Regelung des Begriffs Minderkaufmann (nicht des des Kaufmanns) treffen. Es liegt auf der Hand, daß dadurch der Rechtszersplitterung Tür und Tor geöffnet wurde.

Nicht weniger als 25 verschiedene Kategorien von

[1]) Goldschmidt § 46 Anm. 36; v. Hahn Bd. 1 S. 47; v. Völderndorff in Endemanns Handb. Bd. 1 S. 148; Behrend S. 196; Gareis-Fuchsberger S. 33; Puchelt S. 33; Staub S. 15; Makower S. 23.

Minderkaufleuten sind auf diese Weise von 1866—1900 geschaffen worden.[1])

Das Gesetzbuch legte somit in erster Linie auf die Art der Handelsgeschäfte in Art. 10 Gewicht, ließ den Umfang nur bei den nicht namentlich aufgezählten Kategorien mit entscheiden;[2]) es ergab sich sonach die unerwünschte Konsequenz, daß Kaufleute mit dem unbedeutendsten Gewerbebetriebe, soweit sie nicht unter Art. 10 fielen, Vollkaufleute waren, Bücher führen mußten, obwohl sie vielleicht gar nicht hierzu imstande waren und, wenn sie es unterließen, im Falle des Konkurses mit dem Strafgesetz in Konflikt kamen, während z. B. Wirte, die ein oder mehrere große Hotels mit bedeutendem Jahresumsatz hatten, hierzu nicht verpflichtet waren, somit wegen kaufmännischen Bankerotts nicht bestraft werden konnten. Hierin lag offenbar eine Unbilligkeit, und Damme[3]) sagte mit Recht:

„Nicht nur unter den Richtern, sondern auch im Publikum, unter den Gewerbetreibenden und den Konkurs-

---

[1]) Hahn, Mat. S. 118.

[2]) Thöl, Lehrb. des HR. 5. Aufl. § 39 S. 136, und Immerwahr verlangen auch bei Hökern, Hausierern und Trödlern geringen Gewerbebetrieb zur Begründung der Minderkaufmannseigenschaft, jedoch mit Unrecht, wie auch Puchelt-Förtsch, Komm. z. a. HGB. 4. Aufl. S. 38, überzeugend nachweist.

[3]) Damme im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 3 1890 S. 352: „Vervollständigung des Handelsregisters oder Beschränkung des Kaufmannsstandes".

verwaltern waltet die Anschauung ob, daß die Eigenschaft eines Vollkaufmanns erst erlangt wird mit einem gewissen Geschäftsumsatz. Und in dieser Anschauung dokumentiert sich das sehr richtige Gefühl, daß der eigentliche Handelsstand erst mit einem gewissen Maße wirtschaftlicher Potenz beginnt und nicht alle jene zahllosen kleineren Käufer und Wiederverkäufer umfaßt, welche nur in unbedeutender Art den Güterumlauf vermitteln. Die gegenteilige Auffassung führt in der Tat zu einer intellektuellen Degradation des auch in der Erinnerung der Geschichte — man denke nur an die deutsche Hansa — einen so mächtigen Platz einnehmenden Handelsstandes. Man folgt also nur dem Zug einer innerlich wahren Rechtsüberzeugung, wenn man als Vollkaufleute nur Handelstreibende von einem gewissen Geschäftsumfang ansieht. Eine solche Überzeugung harrt geradezu der gesetzlichen Sanktion, um die Rechtssatzung mit dem Rechtsgefühl im Einklang erscheinen zu lassen".

Die Erfüllung dieses Wunsches hat das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 gebracht, wenn es von ganz anderen Gesichtspunkten die Minderkaufmannseigenschaft regelt. In gerade umgekehrter Weise legt es, wie wir weiter unten sehen werden, in erster Linie Gewicht auf den Umfang des Gewerbebetriebes, zieht nur beim Handwerk auch die Art als Kriterium mit heran. Somit sind nicht alle Minderkaufleute des allgem. Handelsgesetzbuchs dies auch nach neuem Recht, viele Vollkaufleute des alten werden aber zu Minderkaufleuten des neuen

Rechts. Von einer bloß subsidiären Geltung der neu getroffenen Bestimmungen ist nicht mehr die Rede, das Handelsgesetzbuch regelt die Materie ausschließlich.

Und wie es ein vom alten Recht abweichendes Kriterium für das Vorliegen der Minderkaufmannseigenschaft hervorgebracht hat, so hat es auch die Kaufmannseigenschaft, die Vorbedingung der ersteren, nach anderen Gesichtspunkten geregelt.

Auf diese möge vorerst mit einigen Worten hingewiesen werden, ehe auf eine Besprechung des Kreises der Minderkaufleute nach neuem Handelsrecht eingegangen wird.

B. Der Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.

§ 2.

I. Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft.

An die Spitze stellt das Handelsgesetzbuch im § 1 den Satz:

> Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt,

um in demselben Paragraphen fortfahrend die Geschäfte aufzuzählen, die jeden Gewerbebetrieb, der sie zum Gegenstand hat, als Handelsgewerbe gelten lassen.

Das Gesetz erfordert mithin das Vorliegen dreier Momente,

1. das Betreiben
2. eines Handelsgewerbes
3. durch eine Person.

Um mit dem letzten Erfordernis anzufangen, so stellt das Handelsgesetzbuch an den „Betreibenden" keine besonderen Fähigkeitsbedingungen; ein jeder, der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch fähig ist, Rechte zu erwerben und

Verpflichtungen einzugehen, kann der Betreibende sein, mithin natürliche Personen sowohl wie juristische.

Die Person muß ein Handelsgewerbe „betreiben". Es ist nicht notwendig, daß der Betreibende selbst tätig wird, noch daß die Geschäfte auf seinen Namen abgeschlossen werden, nur in seinem Namen müssen sie abgeschlossen werden.[1])

Wer die Rechte und Pflichten aus dem Geschäft erwirbt, der betreibt das Geschäft.[2])

Somit ist durch das Mittel des gesetzlichen Vertreters ein Betreiben auch seitens eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen möglich.[3])

Das dritte Erfordernis bildet das Vorliegen eines Handelsgewerbes. Dieses stellt sich als Unterart des Gewerbes überhaupt dar. Was Gewerbe ist, definiert das Gesetz nicht, doch wird sich nach allgemeinem Sprachgebrauch die Begriffsbestimmung wohl dahin geben lassen, daß man unter Gewerbe eine fortdauernde Ausübung einer Tätigkeit zu verstehen hat, die auf Erwerb gerichtet ist und äußerlich in erkennbarer Form sich darbietet, dabei nicht aber in Ausübung eines höheren geistigen Berufes besteht. Gewerbe ohne Gewinnabsicht ist ebenso unmöglich wie das Vorliegen eines Gewerbes bei nur gelegentlicher Tätigkeit.[4]) Die Offenkundigkeit wird als

[1]) Staub S. 32 § 1 Anm. 15.

[2]) Goldmann S. 4 oben.

[3]) Staub S. 33 § 1 Anm. 21.

[4]) ROHG. Bd. 3 S. 407 u. Bd. 14 S. 118.

Erfordernis von einigen zwar nicht verlangt,[1]) nach richtiger Ansicht muß jedoch das Gewerbe als solches für den allgemeinen Verkehr sich offenbaren, dem Publikum gegenüber erkennbar hervortreten.[2]) Die Frage, wann ein derartiges Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, beantwortet das Gesetz selbst, indem es im Abs. 2 des § 1 sowie in den §§ 2, 3 die Handelsgewerbe aufzählt.

Erwähnt sei noch, daß die Kaufmannseigenschaft nach § 7 HGB. völlig unabhängig ist von jeder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts gegebenen Einschränkung der Befugnis zum Gewerbebetrieb, wie auch von privatrechtlichen Verboten desselben, wie solche §§ 60, 76, 112, 236, 326 HGB. enthalten. Da nach § 1 nun ein jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt, ohne weiteres im Sinne des Handelsgesetzbuchs Kaufmann ist, so hat man mit Recht diese „Muß"kaufleute genannt im Gegensatz zu den „Soll"- und „Kann"kaufleuten der §§ 2 bezw. 3 HGB., welch letztere eine zweite Art der Begründung der Kaufmannseigenschaft darstellen.

Bei der ersten Art der Begründung (nach § 1) kommt es auf das rein tatsächliche Moment des Betreibens eines Handelsgewerbes an. Wer dies tut, ist, ob er will oder nicht will, Kaufmann (daher Mußkaufmann). Bei der zweiten Art kommt noch ein weiteres Moment hinzu,

---

[1]) Staub S. 31 § 1 Anm. 12; Ritter S. 12.

[2]) Goldmann S. 3 I, 1; Cosack S. 23 § 7, 2d; Lehmann-Ring S. 4, 2d Nr. 7; Makower S. 6 III A c.

und zwar bei den Sollkaufleuten des § 2 die obligatorische Eintragung der Firma ins Handelsregister, falls ein gewerbliches Unternehmen betrieben wird, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Hier gilt ein solches Unternehmen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, mit dem Augenblick der Firmeneintragung als Handelsgewerbe; ist die Firma eingetragen, dann greift § 1 Satz 1 ein, und der betreffende „Betreibende" ist Kaufmann. Natürlich braucht die Eintragung nicht das nachfolgende Moment zu sein. Es gilt auch ein gewerbliches Unternehmen, wenn die Firma des Unternehmers mit Unrecht eingetragen ist (da das Unternehmen weder die Erfordernisse des § 1 noch des § 2 aufweist), in dem Augenblick als Handelsgewerbe, in welchem es die Erfordernisse des § 2 (in betreff Art und Umfang) erfüllt. Da die (wenn auch damals unrichtigerweise erfolgte) Eintragung schon vorliegt, braucht sie nicht wiederholt zu werden. Dieselbe Art der Begründung der Kaufmannseigenschaft bietet § 3 HGB., nur daß hier an Stelle der Verpflichtung zur Eintragung die Berechtigung dazu getreten ist. Im übrigen gilt das oben Gesagte mit der Abweichung, daß das Unternehmen mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft verbunden sich als Nebengewerbe dieses Betriebes darstellen muß und daß hier auch die Geschäfte, die § 1 aufzählt, nur dann als Handelsgeschäfte gelten, wenn die Firmeneintragung hinzukommt. Eine dritte Begründungsart weisen §§ 200, 320 mit

§ 210 HGB. auf. Hier begründet lediglich die Eintragung ins Handelsregister Kaufmannseigenschaft.

Mit Recht weist daher Schirrmeister[1]) darauf hin, daß unser Handelsgesetzbuch drei Systeme der Begründung der Kaufmannseigenschaft kennt:

1. das zuerst erwähnte, das materielle System, enthalten im § 1 (Erfordernis der Begründung ist lediglich Betreiben eines der dort aufgezählten Gewerbe);

2. das formelle System, enthalten in den §§ 200, 320 mit § 210 (Erfordernis: lediglich Eintragung);

3. das materiell-formelle, enthalten in den §§ 2, 3 (Erfordernis: Betreiben eines der dort bezeichneten gewerblichen Unternehmungen und Eintragung, welch letztere wiederum obligatorisch [§ 2] oder fakultativ [§ 3] sein kann).

Wenn Bang[2]) dies letztere System nicht gelten lassen will, so befindet er sich insoweit im Irrtum, als er übersieht, daß bei diesem System weder die Eintragung noch das Vorliegen eines der in §§ 2, 3 bezeichneten Unternehmen zur Begründung der Kaufmannseigenschaft allein genügt. Wenn er die Eintragung auch im Falle der §§ 2, 3 als „rechtserheblichen Geburtsakt der Kaufleute" nennt, ebenso wie beim formellen System, so irrt er, da, wie ausgeführt, bei irrtümlicher Eintragung eines Unternehmers, dessen Unternehmen die Voraussetzungen des § 2 oder § 3 noch nicht hat, aber später erhält, der

[1]) Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 48 S. 418ff., Bd. 49 S. 29ff.

[2]) Bang S. 38.

spätere Moment „den rechtserheblichen Geburtsakt" darstellen würde, da vorher trotz der Eintragung die Kaufmannseigenschaft desjenigen, dessen Firma eingetragen ist, nicht begründet war. Es müssen eben beide Momente zusammentreffen, man kann daher mit Recht von einem materiell-formellen System sprechen.

§ 4 Abs. 1 HGB. lautet:

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welche die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfang bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

II. Die Kreise der Minderkaufleute.

§ 3.

1. Handwerker.

Das Gesetz nennt hier an erster Stelle die Handwerker, an zweiter die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, daß ein Pleonasmus vorliege, daß die erste Gruppe, die Handwerker, auch zu den letztgenannten Personen gehörten, ihre ausdrückliche Erwähnung sich daher erübrige. Dieser Gedanke trat auch bei der Beratung des Gesetzes hervor, da ein Antrag vorlag, die Worte „auf Handwerker" zu streichen, weil es genüge, an der Unterscheidung zwischen Großgewerbe und Kleingewerbe festzuhalten.[1]) Entgegen diesem Antrage blieb es jedoch, worauf unten noch zurückzukommen ist,[2]) bei der Nebeneinanderstellung. Es ist deshalb auch näher auf den Begriff Handwerker einzugehen entgegen der Ansicht derer, die eine Abgrenzung der Handwerker gegen Kleingewerbetreibende deshalb für überflüssig halten, weil das Gesetz sie beide gleich behandele.[3])

Letzteres Argument ist durchaus nicht zutreffend, wenn auch zugegeben werden muß, daß die Handwerker größtenteils Kleingewerbetreibende sind. Daß das Gesetz selbst einen Unterschied macht, ersieht man daraus, daß es die Handwerker, wie unten im einzelnen zu erörtern ist, selbst wenn ihr Betrieb den Umfang des Kleingewerbes überschreitet, nicht zu Vollkaufleuten werden läßt, wie dies bei anderen Gewerbetreibenden der Fall ist, sondern erst, wenn ihr Betrieb den Charakter des

---

[1]) Hahn, Mat. S. 539.

[2]) s. Abhandl. S. 25.

[3]) Gareis, Lehrb. S. 77, 24 Nr. 6.

Handwerks verliert.[1]) Ferner gibt § 4 Abs. 3 den Landesregierungen die Befugnis, wohl die Grenzen des Kleingewerbes, nicht aber die des Handwerks näher festzusetzen. Es erübrigt sich daher nicht, näher auf die Abgrenzung des Begriffes Handwerk einzugehen.

In richtiger Voraussicht, daß es eine Unmöglichkeit ist, für Zeiten hinaus eine allgemeingültige Definition des Begriffes zu geben, vermeidet es das Gesetz selbst, irgendwelche bestimmende Merkmale aufzustellen; es überläßt es der Wissenschaft, an der Hand der jeweiligen Verkehrsanschauung in Übereinstimmung mit den Fortschritten auf dem Gebiet der Volkswirtschaft den flüssigen Begriff Handwerk zu definieren. Auf dem Gebiet der allgemeinen, beziehentlich einer besonderen örtlichen Auffassung des Verkehrs[2]) soll diese Definition gesucht und gefunden werden.

Im Gegensatz zu anderen Gewerben ist dem Handwerk die Größe als Unterscheidungsmerkmal fremd, es stellt vielmehr einen eigenartig gewordenen und historisch wie ökonomisch zu erklärenden Begriff dar.[3])

Einen Versuch, den Begriff „Handwerk" zu definieren, hat v. Landmann[4]) gemacht, wenn er sagt: „Unter Handwerk versteht man die nicht fabrikmäßig betriebenen Ge-

---

[1]) s. Abhandl. S. 23 ff.

[2]) RG. in Straff. Bd. 21 S. 211.

[3]) vgl. v. Landmann Bd. 2 S. 382, 3 a; RG. in Straff. Bd. 14 S. 423.

[4]) v. Landmann Bd. 1 S. 653.

werbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, ferner Reparatur und Reinigung von Gegenständen, wenn in dem Betrieb eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung stattfindet".

Das letzte von v. Landmann aufgestellte Erfordernis ist aus der sonst im allgemeinen auch von uns als richtig, wenn auch nicht erschöpfend anerkannten Definition auszuscheiden, da heute nicht mehr in jedem Handwerksbetrieb eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung stattfindet. Das Gewerbe selbst kann niemals ein reines Umsatzgewerbe sein, es muß vielmehr eine Be- oder Verarbeitung der umzusetzenden Gegenstände hinzukommen, oder aber es kann lediglich in der Be- oder Verarbeitung von Stoffen bestehen. Gleichgültig ist, ob Rohstoffe gewerbsmäßig be- oder verarbeitet werden oder ob es sich um fertige Produkte handelt, die einer Ausbesserung oder Veredelung unterzogen werden. Der Schnitzer, der aus einem Stückchen Holz in unkünstlerischer Weise Tiere schnitzt, ist ebensogut Handwerker[1]) wie der Maurer, der Bausteine zu einem Hausbau zusammenfügt. Vom nationalökonomischen Standpunkt aus kann man die Handwerker in zwei große Gruppen scheiden:

1. solche, die, ohne selbst Material oder Zutaten anzuschaffen, lediglich für andere arbeiten, die sogen. Lohnwerker, und

2. Handwerker, die unter Wahrung einer selbständigen Stellung direkt mit ihren Kunden in Verkehr treten,

[1]) v. Landmann Bd. 1 S. 654; Puchelt Bd. 2 S. 731.

und zwar teils gelieferte Stoffe verarbeiten unter event. Lieferung der Zutaten, teils selbst Stoff anschaffen und nach einer Be- oder Verarbeitung weiterveräußern.

So gehören z. B. Färber, Bleicher, Flickschuster und -schneider zur ersten, Bäcker, Tischler, Schlachter zur zweiten Gruppe.

In rechtlicher Beziehung teilen sich die Handwerker wieder in zwei große Klassen:

1. solche, die Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches sind, und

2. solche, die keine Kaufleute sind.

Von der ersten Klasse fällt wiederum ein Teil aus dem Rahmen unserer Abhandlung heraus, nämlich diejenigen Handwerker, welche auf Grund des § 2 HGB. Kaufleute sind; sie sind nämlich stets Voll-, niemals Minderkaufleute, da bei ihnen die Eintragung ihrer Firma eine der Voraussetzungen für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft ist. Ein Minderkaufmann mit Firma ist aber gemäß § 4 undenkbar. Daher geht die Meinung vieler dahin, daß die Handwerker, da § 4 ihnen das Firmenrecht nimmt, überhaupt nicht Kaufleute auf Grund des § 2 sein können. Auf diese unserer Ansicht nach irrige Auffassung werden wir unten[1]) noch weiter zurückkommen, obgleich diese Kontroverse den Rahmen der Abhandlung überschreitet, da, wie gesagt, Handwerker,

[1]) s. Abhandl. S. 26 ff.

die auf Grund des § 2 Kaufleute sind, niemals Minderkaufleute sein können, für uns aber nur die Handwerker-Minderkaufleute in Betracht kommen.

Der Handwerker-Minderkaufmann kann nur auf Grund des § 1 kraft seines Gewerbes Kaufmann sein; jedoch kommen für den Handwerker nicht alle in diesem Paragraphen aufgezählten Gewerbe in Betracht. Die im § 1 Abs. 2 Nr. 3—8 erwähnten fallen von vornherein fort, weil sie begrifflich nicht Gegenstand des Handwerks sein können. Es bleiben sonach nur noch die in Nr. 1, 2 u. 9 erwähnten Gewerbe. Von diesen kommen wieder die unter 2 u. 9 genannten nicht in Frage, so daß für den Handwerker-Minderkaufmann nur die Möglichkeit, nach § 1 Nr. 1 Kaufmann zu sein, übrigbleibt. Er ist mithin nur Kaufmann, soweit er sich mit der Anschaffung und Weiterveräußerung von Sachen (Waren) nach vorheriger Be- oder Verarbeitung befaßt. Der ferner in § 1 Abs. 2 Nr. 1 benannte Handel mit Wertpapieren kommt für den Handwerker ebenfalls begrifflich nicht in Betracht. Wir sagten, daß auch die in § 1 Abs. 2 u. 9 benannten Gewerbe den Handwerker nicht zum Kaufmann machen. Der Grund hierfür liegt in den an beiden Stellen wiederkehrenden Worten „sofern der (ihr) Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht".

Also die Übernahme der Bearbeitung und Verarbeitung von Waren für andere sowie die Geschäfte der Druckereien — Gewerbe, die beide im Gegensatz zu den unter Nr. 3—8 aufgezählten sehr wohl Gegenstand des

Handwerks sein können — machen nach unserer Auffassung einen Handwerker nicht zum Kaufmann.

Die gegenteilige Ansicht wird von Goldmann[1]) und Makower[2]) vertreten.

Diese wollen in den Begriffen „Handwerk" und „Umfang des Handwerks" Verschiedenes sehen. Die erste Bezeichnung stellt nach ihnen nur eine qualitative Begrenzung dar; der zweite Begriff sei in dem ersten enthalten. Nach ihrer Ansicht kann daher ein Gewerbe sehr wohl Handwerk bleiben und doch den „Umfang des Handwerks" überschreiten, solange nur die Art des Betriebes eine handwerksmäßige bleibt, der Umfang desselben aber ein mehr als handwerksmäßiger ist; wo der Verkauf im großen stattfindet, der Absatz ein bedeutender ist, halten sie ein Gewerbe für vorliegend, das, über den Umfang des Handwerks hinausgehend, doch Handwerk bleibt. Wenn sie in ihrer weiteren Ausführung die Worte des § 1 „Umfang des Handwerks" nicht als gleichbedeutend ansehen mit den Worten des § 4 „Umfang des Kleingewerbes", so ist ihnen zuzustimmen, und zwar schon aus dem Grunde, weil § 4 ausdrücklich „Handwerker" und „Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht", nebeneinander nennt, eine Ausdrucksweise, die durch nichts gerechtfertigt wäre, wenn der Gesetzgeber beide hätte identifizieren wollen.

---

[1]) Goldmann S. 30 § 4 Anm. 1.

[2]) Makower Bd. 1 zu § 1 III Ziff. 20 S. 10 f.; vgl. Behrend zu § 36 Anm. 21 S. 196.

Es kann daher wohl ein Kleingewerbe vorliegen, das über den Umfang des Handwerks hinausgeht, nicht aber ebenso ein Handwerk, das diesen überschreitet. Wenn die genannten Schriftsteller diese Behauptung aufstellen, so geben sie doch nicht an, woran man nach ihrer Ansicht einen Betrieb erkennt, der, zwar den Umfang des Handwerks überschreitend, doch noch Handwerk bleibt. Es wird auch wohl unmöglich sein, derartige Kriterien aufzustellen. „Handwerk" und „Umfang des Handwerks" stellt das Gesetz eben auf eine Stufe, ein Betrieb, der den Umfang des Handwerks überschreitet, ist nicht mehr Handwerk. Dies geht auch klar daraus hervor, daß die beabsichtigte Ausscheidung der Handwerker aus dem Handelsgesetzbuch dadurch herbeigeführt werden sollte, daß hinter die Worte des § 1 Abs. 2 Nr. 1 die gleiche Klausel „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" eingeschoben werden sollte.[1]) Hierdurch sollten aber alle Handwerker durchweg und nicht nur diejenigen, deren Betrieb von geringem Umfang war, vom Handelsrecht ausgeschlossen werden. Daher können nur die Handwerker, welche auf Grund des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Kaufleute sind, die also „ein Produktionsgewerbe mit Umsatz"[2]) betreiben, Minderkaufleute sein. Streifen diese das Handwerksmäßige ab, so bleiben sie nicht mehr Minderkaufleute,

[1]) Hahn, Mat. S. 535.

[2]) Bang S. 66.

sondern werden Vollkaufleute,[1]) es sei denn, daß ihr Betrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Letzterenfalles würden sie nach § 4 HGB., trotzdem sie das Handwerksmäßige abgelegt haben, Minderkaufleute bleiben.

Es ist für uns daher von Wichtigkeit, festzustellen, wie weit die Grenzen des Handwerksmäßigen gehen, wann, mit anderen Worten, der Handwerker aufhört, Minderkaufmann zu sein.

Um gleich die Antwort an die Spitze der nachfolgenden Deduktion zu setzen, sagen wir, uns hiermit der im Staubschen Kommentar[2]) vertretenen Ansicht anschließend:

„Handwerk liegt dann nicht mehr vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert".[3])

Diese unserer Ansicht nach richtige Auffassung ist in der neuen Auflage des Staubschen Kommentars durchgeführt. Staub[4]) selbst legte fälschlich nur Gewicht auf den Umfang des Betriebes, ohne Grund die Art desselben nicht berücksichtigend. Letztere Ansicht vertreten auch Dove[5]) und andere.[6])

[1]) A. M. z. B. Bang S. 72; v. Landmann Bd. 2 S. 395; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 395.

[2]) Staub S. 67 § 4 Anm. 8.

[3]) RG. in Strafs. Bd. 34 S. 103, Bd. 35 S. 283.

[4]) Staub 6./7. Aufl. S. 71 Anm. 8.

[5]) Dove in Holdheims Monatsheften Bd. 98 S. 300.

[6]) Grotefendt S. 34 ff.

Staub sah bei den Kleingewerbetreibenden wie bei den Handwerkern dasselbe Kriterium in dem Umfang ihres Betriebes.[1]) Dies sei deutlich aus dem Gesetz selbst zu entnehmen, „das im § 1 Nr. 2 u. 9 in dem Umfang des Betriebes das Kriterium des Handwerksmäßigen im Gegensatz zum höheren Kaufmannsbetrieb, zum Großbetrieb, erblickt", ferner auch aus der Entstehungsgeschichte, so aus dem früheren Art. 10. Dieser rechne unter anderen zu den Minderkaufleuten „diejenigen Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht". Des weiteren stelle die Denkschrift Kleingewerbetreibende und Handwerker gleich durch die Worte: „Einzelne Vorschriften des dritten Buches eignen sich allerdings zur Anwendung auf die Handwerker wie überhaupt auf die Geschäfte des Kleingewerbetreibenden nicht".[2])

Schließlich erfordere die Rücksicht auf die Beteiligten, daß ein umfangreicher Betrieb in kaufmännischer Weise erfolge.

Diese von Staub angeführten Gründe sind nicht stichhaltig. Das Gesetz selbst hat in seinem § 2, auf den Staub an dieser Stelle doch Bezug nimmt, ausdrücklich die Forderung aufgestellt, daß Art und Umfang kaufmännische Organisation erfordern müsse; durch nichts ist es gerechtfertigt, das Wort „Art" einfach zu ignorieren. Kann es doch umfangreiche Geschäftsbetriebe geben, deren

---

[1]) Staub 6./7. Aufl. S. 71 Anm. 3.

[2]) Denkschr. S. 16; Hahn, Mat. S. 201.

Art eine so einfache ist, daß sie kaufmännische Einrichtungen entbehren können.[1])

Eine Gleichstellung der Handwerker und Kleingewerbetreibenden hat andererseits das Gesetz durchaus nicht gewollt; das beweist zur Genüge die Nebeneinanderstellung beider im § 4, die verschiedene Behandlung beider durch das Gesetz im § 4 Abs. 2; das beweist auch gerade die Entstehungsgeschichte, aus der Staub zwar das Gegenteil herausliest. Denn der Antrag, die Worte „auf Handwerker" zu streichen, weil ein Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb durch die Worte „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" zur Genüge geschaffen sei, wurde bei der Beratung in der Reichstagskommission mit der Begründung verworfen, daß beim Handwerk der Umfang allein nicht das Entscheidende sein sollte. Auch der im großen betriebene Handwerksbetrieb eigne sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmannes.[2])

Das letzte Argument Staubs, der Hinweis auf die den Beteiligten gegenüber erforderliche Rücksicht, berechtigt vollends nicht dazu, aus dem Gesetz etwas herauszulesen, was nicht darin steht. Wie aber schon angeführt, ist der Staubsche Kommentar in seiner neu bearbeiteten

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring Bd. 1 S. 31 Nr. 3a; Lotze in Gruchots Beitr. Bd. 44 Jahrg. 1900 S. 406; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 143 f., 396, 516, Bd. 7 S. 146.

[2]) Denkschr. S. 16; Hahn, Mat. S. 201.

Auflage selbst von der bisher vertretenen Ansicht zurückgekommen.

Entgegen Staub sieht Bang[1]) nicht im Umfang, sondern lediglich in der Art des Betriebes das entscheidende Kriterium, das das Handelsgesetzbuch für die Begriffsbestimmung und Abgrenzung des Handwerks aufgestellt wissen will. Unter Art des Betriebes versteht er „sowohl den wirtschaftlichen Gegenstand des Unternehmens als auch die spezifische Betriebsweise"; nur beides zusammen gebe der inneren Natur, dem Charakter des Betriebes das eigentümliche Gepräge, eben seine Art. Die Betriebsweise sei das hauptsächliche qualitative Merkmal eines Betriebes, charakterisiere durchaus die Art desselben.[2])

Hier übersieht Bang, daß „Gegenstand des Unternehmens" und „Betriebsweise" zwei verschiedene Momente sind: der Gegenstand des Unternehmens kann bei zwei Gewerbetreibenden derselbe sein, die Art und Weise des Betriebes aber eine verschiedene; letztere kann bei dem einen handwerksmäßig, bei dem anderen nicht mehr handwerksmäßig sein.[3]) Auf keinen Fall läßt das Handelsgesetzbuch die Art das allein Entscheidende sein.

An dieser Stelle sei auch der Meinung derjenigen entgegengetreten, welche alle Handwerker ohne Ausnahme

[1]) Bang S. 51.

[2]) Bang a. a. O. S. 52.

[3]) Lastig S. 65 nimmt fälschlich an, daß der verschiedene Gegenstand des Unternehmens den Kaufmann vom Handwerker trennt; auch Handwerker sind Kaufleute; wohl aber trennt er den Handwerker von anderen Gewerbetreibenden.

zu den Minder- oder Nichtkaufleuten rechnen, welche mit anderen Worten Handwerkern nicht die Kaufmannseigenschaft auf Grund des § 2 erwerben lassen wollen.[1]) So führt z. B. auch das Kammergericht in einer Entscheidung aus[2]): „Der § 4 steht mit dem § 2 HGB. nicht in sachlichem Zusammenhange. Dieser § 4 stellt sich vielmehr als eine Ausnahmebestimmung gegenüber dem § 1 HGB. dar. Sein Sinn ist, daß ein Gewerbetreibender, der wegen des Betriebes der Handelsgrundgeschäfte des § 1 Abs. 2 die Eigenschaft eines Kaufmanns hat, dennoch den Vorschriften über die Firma usw. nicht unterliegt, wenn er nur ein Handwerk ... betreibt".

Diesen Ausführungen ist folgendes zu entgegnen[3]):

Die §§ 1—3 enthalten lediglich die Normativbestimmungen für den Kaufmannsbegriff, und zwar bezweckt § 2 eine Erweiterung des im § 1 gegebenen Kaufmannsbegriffes, zu § 1 tritt ergänzend „die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft für jeden sonstigen Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist".[4])

---

[1]) So sagt z. B. v. Landmann betreffs der Handwerker: eine Verpflichtung zur Eintragung der Firma kann ... auch nicht aus § 2 HGB. gefolgert werden (vgl. Bd. 1 S. 656 III).

[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 395.

[3]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 395.

[4]) Denkschr. in Hahn, Mat. Bd. 6 S. 195.

§ 4 will aber lediglich aus dem Kreise der Kaufleute einige absondern, die nicht allen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs unterfallen sollen; ist nun jemand auf Grund des § 2 Kaufmann, so kann auf ihn § 4 keine Anwendung finden, denn die Firmeneintragung ist ja gerade eine der Voraussetzungen seiner Kaufmannseigenschaft. Die Vorschrift des § 2 ist eine ganz allgemeine, bindend für jeden Gewerbetreibenden, einerlei, worin sein Gewerbe besteht, also auch für den Handwerker.[1]) Des weiteren bezieht sich § 4 auch nicht auf die Handwerker des § 1 im allgemeinen, sondern nur auf diejenigen, die nicht die Voraussetzungen des § 2 erfüllen. So sagt ein Kammergerichtsbeschluß in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts: „Der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist weder Kleingewerbetreibender noch Handwerker im Sinne des § 4".[2])

Diese unsere Ansicht, die allein der ratio legis entspricht, läßt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 4 begründen.

Schon nach Art. 10 werden nicht alle Handwerker den Minderkaufleuten zugerechnet, sondern nur diejenigen, deren Gewerbebetrieb „die innere Natur des Handwerks"

---

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 142.

[2]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 93; RG. in Strafs. Bd. 34 S. 103, Bd. 35 S. 289.

bewahrt hatte. Ob dies der Fall war, wurde von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht.[1])

§ 4 sollte an dieser rechtlichen Position des Handwerkerstandes nichts ändern, vielmehr sollte „die durch seine Betriebsweise bedingte Sonderstellung wie bisher gewahrt bleiben".[2]) Die Handwerker sind von vielen Vorschriften des Gesetzes ausgenommen, weil ihr Betrieb „in Formen und unter Bedingungen sich vollzieht, die von denjenigen des kaufmännischen Verkehrs ganz wesentlich abweichen".[3])

Ist nun im Laufe weiterer Entwicklung an die Stelle eines einfachen Handwerksbetriebes ein solcher getreten, der nach Art und Umfang kaufmännische Organisation erheischt, so greift § 4 nicht mehr Platz. Denn jetzt überwiegt der kaufmännische Charakter des Geschäfts derart, daß sein Inhaber mit Recht in die Reihe der Vollkaufleute tritt. Es wäre auch nicht erfindlich, weshalb die nichtkaufmännischen Handwerker, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Vollkaufleute würden, die kaufmännischen Handwerker aber stets Minderkaufleute blieben.[4]) [5]) Ein Handwerker, dessen Betrieb sich zu einem derartigen entwickelt

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 93; RG. in Strafs. Bd. 24 S. 357.

[2]) Denkschr. in Hahn, Mat. Bd. 6 S. 201.

[3]) Denkschr. a. a. O. S. 199.

[4]) vgl. Staub § 4 Anm. 9 S. 68.

[5]) vgl. Denkschr. a. a. O. S. 192.

hat, hat eben aufgehört, Handwerker im Sinne des § 4 zu sein.[1])

Die eingangs aufgestellte Behauptung:

> Handwerk liegt dann nicht mehr vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation erfordert,

soll daher noch nach folgenden Gesichtspunkten behandelt werden:

I. Der wichtigste Fall des Überschreitens der Grenze des Handwerks ist das Vorliegen von Fabrikbetrieb.

II. Die Erörterung der Frage, wann Fabrikbetrieb vorliegt, bietet jedoch noch keine erschöpfende Grundlage für die Beantwortung der Frage, wann die Grenze des Handwerks überschritten wird. Diese erhalten wir, wenn wir die maßgebenden Momente im einzelnen untersuchen:

1. Was ist Umfang des Unternehmens?
2. Was ist Art des Unternehmens?

III. Welchen Einfluß hat der vom Handwerker betriebene Handel mit fertig bezogenen Waren?

I. Der Handwerker hört auf, Minderkaufmann zu sein, wenn der Handwerksbetrieb zum Fabrikbetrieb, der Handwerker zum Fabrikanten wird. Es wäre ja auch praktisch undurchführbar, die Fabrikanten zu den

---

[1]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 93.

Handwerkern rechnen zu wollen, die Großbetriebe an die Kleinbetriebe zu fesseln.[1])

Es ist daher erforderlich, näher auf eine Abgrenzung von Fabrik und Handwerk einzugehen, die beide nicht in schroffem Gegensatz zueinander stehen, vielmehr nur eine verschiedene Betriebsart desselben Gewerbes darstellen.[2])

Trotzdem für das Handelsgesetzbuch und speziell für den Begriff Minderkaufmann, wie gesagt, eine Abgrenzung zwischen handwerksmäßigem und fabrikmäßigem Betrieb von äußerster Wichtigkeit ist, finden wir weder im Handelsgesetzbuch noch auch in anderen in Betracht kommenden Gesetzen eine allgemein gültige legale Definition des Begriffes Fabrik. Eine solche läßt sich auch auf Zeiten hinaus der allgemeinen Anschauung entsprechend nicht geben, die Begriffe sind zu flüssige, sind zu sehr den wechselnden Verkehrsanschauungen unterworfen, als daß sie sich endgültig in bestimmte vom Gesetz normierte Grenzen fassen ließen.[3]) Zwar wird der Begriff selbst in einer Reihe von Gesetzen, so in der Gewerbeordnung, dem Haftpflichtgesetz und den Unfallversicherungsgesetzen, verwertet. Jedoch weder die Rechtsprechung noch die Wissenschaft hat bis jetzt sichere Unterscheidungsmerkmale aufgestellt. Das Reichsgericht hat zu

---

[1]) vgl. auch Harms Erwiderung in den Jahrb. gegen Lastig Jahrg. 1904 Bd. 28 S. 647.

[2]) Goldschmidt Bd. 1 S. 509 f.; Conrad Bd. 2 S. 157.

[3]) vgl. RG. in Straff. Bd. 8 S. 126.

verschiedenen Malen Kriterien angegeben,[1]) bei deren Vorhandensein man auf das Vorliegen von Fabrikbetrieb schließen kann, immer jedoch von einem konkreten Falle ausgehend; eine generelle Formel läßt sich aus diesen Kriterien nicht aufstellen.

Somit wird die Frage, wann fabrikmäßiger, wann handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, stets eine Tatfrage bleiben, die von Fall zu Fall zu entscheiden sein wird, freilich an der Hand gewisser Bestimmungsmerkmale, die von Wissenschaft und Rechtsprechung aufgestellt sind.[2]) Von geringem Nutzen wird stets die Frage nach der Anzahl der beschäftigten Arbeiter sein, um beim Überschreiten einer bestimmten Anzahl Fabrikbetrieb für vorliegend zu erklären. Gleichwohl gehen verschiedene Gesetze, so das französische Gesetz v. 22. 2. 1841, das sächsische Gewerbegesetz von 1861, die österreichischen Gewerbeordnungen von 1859 und 1885 und das Reichsgesetz v. 6. 7. 1884,[3]) von der Anzahl der Arbeiter als Kriterium für den Fabrikbetrieb aus. Viel wichtiger ist die Frage nach dem Vorliegen einer strengen Arbeitsteilung[4]) sowie nach der Stellung, welche der Unter-

---

[1]) vgl. RG. in Strafs. Bd. 14 S. 423, Bd. 26 S. 161.

[2]) vgl. v. Landmann Bd. 2 S. 281 f.; OVG. Bd. 4 S. 342.

[3]) Das französische, sächsische wie österreichische Gesetz nehmen die Zahl von 20, das Reichsunfallversicherungsgesetz von 1884 die Zahl von 10 Arbeitern als Grenze an.

[4]) vgl. LG. Elberfeld v. 19. 12. 1900 (Soz. Prax. Bd. 11 S. 152).

nehmer selbst einnimmt.[1]) Bei der Fabrik wird er sich regelmäßig mit der Oberleitung des technischen Teiles begnügen, daneben aber eine kaufmännische Leitung übernehmen, die streng von der technischen geschieden ist. Zudem wird die Stellung des Personals zum Unternehmer, die bei der Fabrik in strenger Unterordnung bestehen wird, in Frage kommen, sowie die Ausdehnung und Beschaffenheit sowohl der Betriebsanlagen wie der Räumlichkeiten. Auch auf die Verwendung von Maschinen in großem Umfang und die dadurch bedingte schablonenhafte Herstellung der Produkte,[2]) sowie auf die Herstellung derselben auf Vorrat ist als Merkmal des Fabrikbetriebes Gewicht zu legen, sowie darauf, ob die beschäftigten Arbeiter nur fähig sind, jeder einzeln ganz bestimmte Maschinen zu bedienen, so daß die Hauptarbeit von Maschinen vollführt wird, diese also nicht als Unterstützung, sondern als Ersatz der menschlichen Arbeit angesehen werden müssen. In diesem Falle wird auch die Erneuerung der Arbeitskräfte nicht mehr aus dem Handwerkerstande möglich sein.[3])

Alle diese Merkmale sind nun, falls sie gegebenenfalles einzeln vorliegen, nicht als ausschlaggebend zu betrachten, vielmehr müssen mehrere zusammentreffen,

---

[1]) RG. in Strafs. Bd. 24 S. 357.

[2]) vgl. Staub § 4 Anm. 12 S. 69, der darauf hinweist, daß auch Handwerker mit maschinellen Hilfsmitteln arbeiten, ohne dadurch aufzuhören, Handwerker zu sein.

[3]) vgl. v. Landmann Bd. 2 S. 284; Conrad Bd. 2 S. 157.

um die Erfüllung des Begriffes „Fabrik“ zu geben, wobei nicht außer acht gelassen werden darf, daß die Entscheidung stets von der Gestaltung des einzelnen Falles abhängig gemacht werden muß. So wird auch zu berücksichtigen sein, ob Unternehmer und Angestellte dieselbe soziale Stellung einnehmen und ob, wie dies beim Handwerk stets der Fall, der „Arbeiter“ darauf hinarbeitet, einmal die Stellung des „Meisters“ einzunehmen.[1])

Durch den erheblichen Umfang allein wird jedenfalls kein Handwerksbetrieb zur Fabrik. Ein seiner inneren Beschaffenheit nach handwerksmäßiger Betrieb wird dadurch nicht zu einem fabrikmäßigen, daß er in erheblichem Umfange geschieht und erhebliche Resultate liefert,[2]) es müssen, wie das Reichsgericht sagt, besondere Umstände vorliegen, sobald feststeht, daß ein Gewerbe seinem allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehört, wenn die Annahme gerechtfertigt werden soll, daß der Handwerksbetrieb durch den Umfang, in welchem das Gewerbe ausgeübt wird, überstiegen wird.[3]) Steht fest, daß im konkreten Fall Fabrikbetrieb vorliegt, so ist, wie gesagt, die Grenze des Handwerksmäßigen überschritten.

---

[1]) vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 510 ff.; Conrad Bd. 1 S. 167; v. Landmann Bd. 2 S. 282 ff.; RG. Bd. 57 S. 387 f.; RG. in Straff. Bd. 1 S. 381, Bd. 14 S. 426, Bd. 25 S. 5, Bd. 26 S. 190, Bd. 35 S. 289; OVG. Bd. 4 S. 341 ff., Bd. 5 S. 313 ff.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 53/54.

[3]) RG. in Straff. Bd. 1 S. 382, Bd. 24 S. 357.

II. Die Abgrenzung von Fabrik und Handwerk liefert aber noch nicht erschöpfend die Momente, welche für die Erledigung der Frage, ob ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in Betracht kommen.

1. Eine erschöpfende Grundlage hierfür ist aus der Behandlung der Frage zu gewinnen, worin das Charakteristikum des Umfanges eines Betriebes besteht. Unter Umfang eines Unternehmens ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen, welcher entweder in dem Abschluß einer großen Reihe von Geschäften bestehen kann oder weniger Geschäfte über hohe Objekte.[1]) Der „Umsatz" des Betriebes deckt sich nicht mit seinem „Umfang",[2]) er bildet nur einen der Faktoren für letzteren. Für den Umfang sind namentlich in Betracht zu ziehen das Anlage- und Betriebskapital, Größe und Beschaffenheit der Anlagen, Ertrag und Höhe der Gewerbesteuer, die Zahl der Angestellten, der Lieferanten und Kunden, Räumlichkeiten für Betriebseinrichtungen und Lagerung, Produktion auf Vorrat, nicht nur auf Bestellung,[3]) sowie Ausgaben für Anschaffungen und Löhne.

Es genügt jedoch nicht, daß der Umfang ein derartiger ist, daß er einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, denn der Umstand, daß ein gewerbliches Unternehmen einen beträchtlichen

[1]) Staub S. 71 § 4 Anm. 19.

[2]) RG. in Straff. Bd. 24 S. 80.

[3]) Gareis, Komm. S. 44.

Umfang hat, schließt die Möglichkeit nicht aus, daß es ein handwerksmäßiges Unternehmen ist.[1])

2. Es muß daher auch die Art des Gewerbes einen komplizierten Geschäftsorganismus erfordern, es muß z. B. kaufmännische Buchführung, Aufbewahrung der empfangenen, sowie der Abschriften der abgesandten Handelsbriefe, periodische Bilanz und Inventuraufstellung als erforderlich und hierdurch die Verwendung kaufmännisch geschulten Personals als nötig sich erweisen. „Die Art des Unternehmens wird kaufmännische Einrichtungen vornehmlich erfordern bei der nur allmählichen Anbahnung und Abwicklung geschäftlicher Beziehungen mit einem großen Kreis von Lieferanten, Kunden und sonstigen Beteiligten, insbesondere auch bei der Inanspruchnahme oder Gewährung von Kredit, bei Wechselverkehr usw."[2])

III. An dieser Stelle sei noch kurz auf diejenigen Handwerker hingewiesen, die neben ihrem Handwerk noch einen Handel mit fertig bezogenen Gegenständen betreiben, wie dies z. B. bei Uhrmachern, Klempnern, Hutmachern der Fall zu sein pflegt.

Ist dieser Handel nur ein Nebengewerbe, erfolgt er nur in Verbindung mit dem Handwerk, das den Hauptgegenstand des Unternehmens bildet, so ändert er den

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 142; vgl. Oberst. LG. München v. 16. 1. 1903; Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 234; Recht 1903 S. 133; RG. in Straff. in DJZ. 1904 S. 1187.

[2]) Staub § 2 Anm. 9 S. 58.

Charakter des Handwerkes nicht.[1]) Dies ist besonders der Fall, wenn die fertig bezogenen und weiterveräußerten Waren derselben Gattung angehören wie die handwerksmäßig hergestellten. Es handelt sich dann um einen Ausfluß des Handwerks, der Handel mit den gekauften Sachen wird lediglich zur Unterstützung und Vervollkommnung des Verkaufs der selbst hergestellten Sachen betrieben.[2]) Der Handwerker-Minderkaufmann wird nicht etwa durch dieses Umsatzgeschäft zum Kleingewerbetreibenden unter Verlust seiner Handwerkereigenschaft.

Anders wenn der Handel mit fertigen Waren eine derartige Bedeutung angenommen hat, daß das Betreiben des Handwerks neben ihm nur als Nebenbeschäftigung, die ganz hinter dem anderen Gewerbe zurücktritt, angesehen werden muß. In diesem Falle bleibt das Handwerk unberücksichtigt, es kommt das Handelsgewerbe allein in Betracht, auf Grund dessen der Betreibende je nach Sachlage Voll- oder Minderkaufmann sein kann[3]) (§ 1 Abs. 2 Ziff. 1, § 4 HGB.).

---

[1]) Düringer u. Hachenburg S. 52.

[2]) ROHG. Bd. 8 S. 149; Entsch. d. KG. v. 24. 12. 1900 im Zentralbl. f. fr. G. Bd. 2 S. 30.

[3]) Dies war eine namentlich für das alte Recht maßgebende Frage, da hier selbst der geringfügigste Handel zum Vollkaufmann machte (abgesehen natürlich von den Fällen des Art. 10). Im neuen Recht kommt dies weniger in Betracht, da der Kleingewerbetreibende ebensogut Minderkaufmann ist wie der Handwerker.

Wird andererseits das Nebengewerbe nicht in Verbindung mit dem Handwerk betrieben, so sind zwei selbständige Gewerbebetriebe anzunehmen, das jedes seine besondere Beurteilung erheischt.[1])

Fassen wir zum Schluß kurz das Ergebnis der im vorliegenden Abschnitt gegebenen Erörterung zusammen, so können wir sagen:

Zum Kreise der Minderkaufleute gehören in erster Linie die Handwerker, soweit sie auf Grund des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Kaufleute sind, wenn sie also Waren anschaffen und nach einer Be- oder Verarbeitung weiterveräußern.

Ihr Betrieb hört auf, ein handwerksmäßiger zu sein, wenn er nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, im besonderen, wenn Fabrikbetrieb vorliegt. In diesem Falle hört der ihn Betreibende auf, Minderkaufmann zu sein, er wird berechtigt und verpflichtet, seine Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen, und wird damit Vollkaufmann.

§ 4.

2. Kleingewerbetreibende.

Als zweite Gruppe derjenigen Kaufleute, die nicht allen Vorschriften des Handelsgesetzes unterfallen sollen, nennt der § 4 HGB.

---

[1]) Goldschmidt Bd. 46 S. 538.

„Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht",

kurz die Kleingewerbetreibenden. Sie werden in dieser Beziehung mit den Handwerkern auf eine Stufe gestellt, auch sie zählen zu den Minderkaufleuten. In erster Linie muß also wieder die Kaufmannseigenschaft vorliegen; diese kann wiederum genau wie bei den Handwerkern nur nach § 1 HGB. begründet werden, da, sowie die Voraussetzungen vorliegen, die eine Begründung nach §§ 2 oder 3 zulassen, von Kleingewerbe nicht mehr die Rede sein kann. Von den im § 1 aufgezählten Geschäften kommen die unter Ziffer 1—9 aufgezählten für die Kleingewerbetreibenden in Betracht, nicht aber die in Ziff. 5 erwähnten Anstalten. Das Wort „Anstalt" deutet gerade auf „Großbetrieb" hin und schließt begrifflich das Vorliegen von „Kleingewerbe" aus.[1]) Auch die Prämienversicherungen, die Geschäfte der Bankiers und Geldwechsler, sowie die Transportgewerbe der Ziff. 5 werden in der Regel Großbetriebe sein.[2])

Wohl aber können die unter Ziff. 2 u. 9 genannten Handelsgewerbe, die begrifflich ein Hinausgehen über den Umfang des Handwerks zur Voraussetzung haben, Gegenstand des Kleingewerbes sein;[3]) denn, wie wir ge-

[1]) Düringer-Hachenburg S. 34.

[2]) Litthauer S. 13a, 1; Goldmann S. 30, 1; Lastig S. 52; v. Landmann Bd. 2 S. 283.

[3]) Lotze a. a. O. S. 408; Staub 1898 S. 423; Cohn, Recht 1903 S. 223.

sehen haben, ist der Begriff Handwerk und Kleingewerbe durchaus nicht identisch. Ein nicht mehr handwerksmäßiger Betrieb kann sich sehr wohl noch innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes halten, wenn dies auch praktisch selten vorkommt.

Mit dem Ausdruck „Kleingewerbe" verbindet das Gesetz hier offensichtlich einen quantitativen Begriff, dem der Begriff „Großgewerbe" als Gegensatz gedacht werden muß. Es ergibt sich daher von selbst die Notwendigkeit, eine Unterscheidung zwischen „Groß-" und „Klein"betrieb zu treffen, wobei uns das Gesetz wiederum insoweit im Stich läßt, als es selbst keine Definition, wohl aber im § 4 Abs. 3 einen Fingerzeig gibt, nach welchem Kriterium der Begriff zu bestimmen ist. Hier wird den Landesregierungen die Befugnis eingeräumt, „Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen festgesetzt wird". Also auf den „Geschäftsumfang" ist hiernach Rücksicht zu nehmen. Dieses Wort ist in der Kommissionsberatung antragsgemäß an Stelle des ursprünglich dort stehenden „Geschäftsumsatzes" gesetzt worden, da der „Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag usw., berücksichtigt werden können".[1])

[1]) Hahn, Mat. S. 540.

Im Gegensatz hierzu ist Staub[1]) der Ansicht, daß das Kleingewerbe das Gegenteil des im § 2 gemeinten Betriebes, des nach Art[2]) und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebes sei; er stellt also für das Kleingewerbe dasselbe Kriterium auf, das im § 2 enthalten ist, und definiert das Kleingewerbe als einen Betrieb, der nach seinem Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordere.[3]) Er erklärt die von der Reichstagskommission zur Berücksichtigung angeführten Momente für unzutreffend, da auch bei großem Anlagekapital der Geschäftsumfang ein kleiner sein könne, wie auch bei kleinem Ertrag ein großer Geschäftsumfang vorliegen könne, wenn nämlich mit Verlust gearbeitet werde. Ein großes Geschäft, das längere Zeit seine Vorräte nicht absetzen könnte, arbeite wiederum trotz des großen Umfanges mit kleinem Umsatz.

Gegen diese Ansicht machen sich die schon oben angeführten Bedenken geltend, daß es nämlich unzulässig ist, die Worte „nach Art" einfach zu ignorieren.[4]) Art und Umfang sind zwei Begriffe, die sich durchaus nicht decken,[5]) wie bereits unsere Untersuchung S. 35 ff. erkennen läßt und auch aus der weiteren Erwägung

---

[1]) Staub 6./7. Aufl. S. 74 Anm. 8; DJZ. 1898 S. 423 ff.

[2]) Staub will hier, wie schon erwähnt, das „nach der Art" eliminiert wissen.

[3]) Staub 6./7. Aufl. Bd. 1 S. 74.

[4]) Ebenso Rechtspr. d. OLG. Jahrg. 1901 S. 142.

[5]) Lotze, Gruchots Beitr. S. 44, 404—413.

hervorgeht, daß einerseits umfangreiche Gewerbebetriebe vorkommen können, die wegen der Einfachheit der Abwicklung ihres Geschäftes keine kaufmännische Einrichtung erforderlich machen, andererseits auch geringfügige Gewerbe oft einen komplizierten Geschäftsbetrieb aufweisen, aber trotzdem kaufmännische Einrichtungen nicht notwendig machen, da für die Beteiligten erhebliche Vermögensinteressen wegen des geringen Umfanges nicht in Frage stehen.[1]) In den beiden Paragraphen ist eben nicht das gleiche Prinzip ausgesprochen.[2]) Nach § 4 ist lediglich auf den Umfang des Gewerbes Gewicht zu legen, der Gegenstand desselben soll nicht mehr in Betracht kommen, im Gegensatz zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, das in erster Linie die Art und innere Natur[3]) des Gewerbebetriebes für die Frage des Erwerbs der Minderkaufmannseigenschaft berücksichtigte. Auf den Umfang wurde freilich schon damals von den Registergerichten Wert gelegt, und diese „vielfach geübte und zum Teil auch durch die Ausführungsverordnungen zum Handelsgesetzbuch sanktionierte Praxis der Registergerichte“[4]) ist es gerade, die der Gesetzgeber im § 4 hat

[1]) Lotze a. a. O. S. 406.

[2]) Goldmann § 21, 2a; Lehmann S. 31; Lotze S. 409; Johow Bd. 21 S. 74; Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 143, 395.

[3]) Auch die Kleingewerbetreibenden waren ja nur insoweit Minderkaufleute, als sie ein dem Höker-, Trödler- usw. Gewerbe ähnliches Geschäft betrieben; vgl. Hahn, Mat. Bd. 6 S. 201.

[4]) Goldmann S. 30 Anm. 1.

zur Anerkennung bringen wollen. Trotzdem sagt eine Entscheidung des Reichsgerichts,[1]) daß „die Vorschriften über Führung von Handelsbüchern usw. außer Anwendung bleiben sollen, wo ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert". Hierdurch wird eine Rücksichtnahme auch auf die Art[2]) des Gewerbes, wie gesagt, unzutreffenderweise gefordert, zumal, wie weiter oben erwähnt, lediglich die im § 1 aufgezählten Handelsgewerbe für § 4 in Betracht kommen können, welche allerdings bei Großbetrieb auch ihrer Art nach eine kaufmännische Organisation erheischen werden.[3])

Wenn nach Gesagtem bei § 4 der Umfang des Betriebes in Betracht zu ziehen ist, so begehen viele, die diese Ansicht vertreten, doch noch den weiteren Fehler, daß sie augenscheinlich unter dem Einfluß des Wortlautes von § 2 sagen, Großbetrieb liege dann vor, wenn der Geschäftsbetrieb seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtung nötig mache[4]) oder, wie das Reichsgericht,[5]) wenn das Geschäft überhaupt „einen

[1]) RG. in Strafs. Bd. 34 S. 103.

[2]) vgl. Beschluß des KG. v 9. 1. 1903; Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 466: „Die Art des Betriebes, die für die Anwendung des § 2 von wesentlicher Bedeutung ist, fällt hier weniger ins Gewicht, weil sie bei den an sich kaufmännischen Gewerben des § 1 von vornherein gegeben ist".

[3]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 90.

[4]) Goldmann S. 31; Weiß S. 33; Johow Bd. 22 S. 276 Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 466.

[5]) Urteil des RG. in DJZ. 1904 S. 1187.

in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert". Die Ausführung des Reichsgerichts kann insoweit zu falschem Resultate führen, als ein Betrieb, der seiner Art nach kaufmännische Einrichtungen erfordert, hierdurch allein zum Großbetrieb würde ohne Rücksicht auf seinen Umfang, was wir weiter oben als falsch abgelehnt haben, da die Art nicht mehr in Frage kommen soll. Zur Widerlegung der Ansicht, daß für die Begriffsbestimmung „Großgewerbe" das Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation entscheidend sein solle, weisen wir mit Lotze[1]) darauf hin, daß dann eine Abgrenzung auf Grund der Besteuerung gemäß § 4 Abs. 3 unmöglich würde, „denn ein Steuergesetz, aus welchem erkennbar sein könnte, welche Zensiten ihrem Geschäftsbetrieb im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation geben müßten, läßt sich wohl nicht denken".[2]) Das Gesetz hat aber mit seinem Hinweis auf die Steuerpflicht nichts Unausführbares ausdrücken wollen.

Der angeführten Ansicht ist ferner noch entgegenzuhalten, daß ein Gewerbe wegen seines großen Umfanges nicht notwendigerweise kaufmännische Einrichtungen zu erfordern braucht. Trotzdem hat ein solches Gewerbe dann schon wegen der Größe seines Umfanges die Grenze des Kleingewerbes überschritten, selbst wenn ein Bedürfnis nach kaufmännischer Organisation nicht

---

[1]) Lotze S. 409.

[2]) Lotze S. 410.

vorliegt.[1]) Freilich muß andererseits zugegeben werden, daß ein Betrieb, der wegen seines Umfanges kaufmännische Organisation erfordert, ohne Zweifel dem Großgewerbe zuzurechnen ist, denn ein Umfang, der kaufmännische Organisationsnotwendigkeit bedingt, hebt den Betrieb aus dem Rahmen des Kleingewerbes heraus. Von diesem Gesichtspunkte aus ist der Notwendigkeit kaufmännischen Geschäftsbetriebes eine gewisse Rolle bei der Entscheidung der Frage, ob Groß- oder Kleingewerbe vorliegt, zuzuweisen.

Was ist aber unter Geschäftsumfang zu verstehen?

Schon oben (S. 40) haben wir diese Frage behandelt, und stimmt mit unserer Auffassung überein ein Urteil des Kammergerichts v. 13. 5. 1901[2]):

„Entscheidend wird namentlich sein das zum Betriebe verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, die Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes . . ., das Maß der Inanspruchnahme von Kredit unter Wechselverkehr, endlich die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem größeren Kreis von Lieferanten, Kunden und Angestellten". Doch brauchen alle diese Momente, wie wir schon gesehen haben, nicht zusammenzutreffen. Im allgemeinen wird sich überhaupt keine Abgrenzungsnorm

---

[1]) Ritter S. 19 Anm. 40; Schirrmeister Bd. 48 S. 446.

[2]) Johow Bd. 22 S. 276ff.

zwischen Groß- und Kleingewerbe geben lassen, die für jeden einzelnen Fall anwendbar wäre. An verschiedenen Orten wird immer eine verschiedene Auffassung in diesem Punkte maßgebend sein, wie auch die verschiedenen Gewerbe eine verschiedene Beurteilung verlangen. Sache des Registerrichters wird es sein, in Ermangelung näherer Bestimmungen der Landesregierung von Fall zu Fall unter Berücksichtigung oben genannter Momente einen Betrieb dem Groß- oder Kleingewerbe zuzuweisen.

Andererseits muß der Kleingewerbetreibende nicht unbedingt Minderkaufmann sein, vielmehr kennt das Handelsgesetzbuch auch Kaufleute, welche trotz Kleinbetriebes Vollkaufleute sind. Zwar handelt es sich dann nicht um physische, vielmehr um juristische Personen: Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H. und eingetragene Genossenschaft sind Vollkaufleute,[1]) auch wenn sie, was praktisch zwar kaum der Fall sein wird, theoretisch aber immerhin möglich ist, ein Gewerbe treiben, das über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht.

Fassen wir kurz das Ergebnis der Ausführungen im vorliegenden Paragraphen zusammen, so können wir sagen:

[1]) vgl. §§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3 mit § 6 Abs. 1 HGB.; § 13 Abs. 3 Gesetz betr. die G. m. b. H. v. 20. 3. 1892 (Friedberg S. 614); § 17 Abs. 2 Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. 5. 1889 (Friedberg S. 562); Lehmann-Ring S. 38 u. 45 § 6 Nr. 2; Cosack S. 49.

1. Personen, mit Ausnahme der Handwerker, welche ein im § 1 Abs. 2 HGB. genanntes Handelsgewerbe betreiben, sind Minderkaufleute, sofern ihr Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Für das Kleingewerbe kommen alle im § 1 Abs. 2 genannten Handelsgewerbe, nicht aber die dort erwähnten Anstalten in Betracht.

2. Nicht jeder Kleingewerbetreibende ist Minderkaufmann. Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H., eingetragene Genossenschaft sind, auch wenn Kleinbetrieb vorliegt, Vollkaufleute.

§ 5.

3. Die Befugnisse der Landesregierungen.

Mit den Handwerkern und Kleingewerbetreibenden ist der Kreis der Minderkaufleute geschlossen.

Denn wenn § 4 Abs. 3 sagt: „Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird", so räumt es nicht mehr, wie der Art. 10 a. HGB., der Partikulargesetzgebung die Befugnis ein, den Kreis der Minderkaufleute zu erweitern. Heute können die Landesregierungen nur die Grenze des Kleingewerbes näher festsetzen, und zwar auf der Grundlage der Steuerpflicht, sofern diese nach dem

Geschäftsumfang sich bemißt. Der Handwerkerstand ist somit vollkommen in dieser Beziehung dem Eingriff der partikularen Gewalten entzogen. Auch haben jetzt die Landesregierungen, nicht mehr die Landesgesetzgebung, solche Bestimmungen zu treffen. Dies wurde entgegen einem Antrage, der wiederum die Landesgesetzgebung für kompetent in der Frage erklärt wissen wollte, gesetzt.[1]) Der Antrag war begründet mit der Ausführung, daß die Erfahrungen der Landesvertretungen verwertet werden müßten; die Bedürfnisse des Kleingewerbes fänden bei den Einzellandtagen eine bessere Berücksichtigung als bei den nur zu leicht schablonisierenden Verwaltungsbehörden. Dagegen sprach jedoch die Erwägung, daß eine derartige Regelung weit schwerfälliger sei und eine allzu verschiedenartige Gesetzgebung hervorbringen werde, daß auch die Korrektur eines Verwaltungsaktes sich leichter gestalte, während dies bei dem Umstand, daß einzelne Landtage nur alle zwei Jahre zusammentreten, bei einem Gesetzgebungsakte wesentlich erschwert wäre.[2]) Somit wurde die Regierungsvorlage angenommen.

Als Wege, die den Landesregierungen zur Festsetzung der Grenze des Kleingewerbes offenstehen, kommen nur Verordnung[3]) und Verwaltungsakt in Frage, nicht aber

---

[1]) Hahn, Mat. S. 539.

[2]) Hahn, Mat. S. 540.

[3]) Goldmann (S. 33) hält nur den Verwaltungsakt für zulässig.

Gesetz.[1]) Denn die Regelung durch Gesetz sollte gerade, wie eben ausgeführt, vermieden werden, widerspricht auch dem klaren Wortlaut des Handelsgesetzbuches, das ausdrücklich der Landesregierung die betreffende Befugnis einräumt. Das neue Handelsgesetzbuch tut dies im bewußten Gegensatz zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, welches der Landesgesetzgebung die Befugnis gab.[2]) Die Bestimmungen können, falls der betreffende Bundesstaat eine nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht hat, nur auf der Grundlage dieser getroffen werden, da der Abs. 3 andere Merkmale ausdrücklich nur in Ermanglung einer solchen Steuerpflicht zuläßt. Für Preußen hat der Handelsminister unter dem 5. 8. 1898 an die Handelsvertretungen ein Rundschreiben erlassen, in welchem er verkündet, daß Preußen von der Befugnis Gebrauch machen will. Es heißt in diesem: „In Preußen ist demgemäß die Steuerklasseneinteilung des Gewerbesteuergesetzes v. 24. 6. 1891 zugrunde zu legen. Diese Einteilung wird aber für sich allein nicht genügen. Die Steuerklassen I bis III werden zwar unbedenklich dem Großbetriebe und andererseits die nach § 7 dieses Gesetzes von der Gewerbesteuer befreiten Betriebe ebenso unbedenklich dem Kleingewerbe zugerechnet werden können. Dagegen werden die Betriebe der Steuerklasse IV insgesamt weder der einen

[1]) Anderer Ansicht Staub 6. u. 7. Aufl. Anm. 11a § 4 S. 75; Bovensiepen S. 29.

[2]) Staub S. 72 § 4 Anm. 22; Lehmann S. 40 Nr. 4; Goldmann S. 33 Anm. 3[1]; Cosack S. 48.

noch der anderen Kategorie unterstellt werden dürfen, vielmehr wird hier eine weitere Klassifizierung nach anderen Merkmalen eintreten müssen".

Nach dem hier angezogenen Gesetz sind die Gewerbebetriebe in Preußen zwecks Besteuerung in fünf Klassen geteilt, die Höhe des jährlichen Ertrages oder des Anlage- und Betriebskapitals bestimmt die Zugehörigkeit zu einer dieser Klassen. Die Höhe der Steuer richtet sich nach der Zugehörigkeit zu einer dieser Klassen und innerhalb dieser Klassen nach dem jährlichen Ertrage.

Somit ist die Steuer bemessen nach dem Anlagebetriebskapital und dem jährlichen Ertrage.

Wenn nun, wie dies der Handelsminister offensichtlich tut, hierin eine „nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht" zu erblicken ist, so steht das Rundschreiben nicht auf dem Boden der Vorschrift des § 4 Abs. 3. Denn wenn für die Betriebe der Steuerklasse IV „eine weitere Klassifizierung nach anderen Merkmalen" vorgesehen werden soll, so ist dies zweifellos unzulässig, da das Handelsgesetzbuch die Bestimmung der Grenze des Kleingewerbes „nach anderen Merkmalen" ausdrücklich nur „in Ermangelung einer solchen Besteuerung" zuläßt. Statuiert dagegen das fragliche Gesetz keine nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht, so würde es dennoch ohne Zweifel zulässig sein, daß Preußen die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage dieses Gesetzes bestimmte; es würden die Bestimmungen dann eben „nach anderen Merkmalen" getroffen

sein, da die Steuerpflicht das im Handelsgesetzbuch vorgesehene „andere Merkmal“ wäre, und in diesem Falle würde sich auch eine „weitere Klassifizierung nach anderen Merkmalen“ für die Steuerklasse IV als zulässig erweisen. Denn welcher Art überhaupt die Merkmale sein sollen, nach denen die Bestimmungen getroffen werden sollen, falls eine nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht nicht vorliegt, sagt das Gesetz nicht; es spricht nur im allgemeinen von „anderen Merkmalen“.

Ob das preußische Gesetz tatsächlich eine „nach dem Geschäftsumfang aufgestellte Steuerpflicht“ enthält, ist bestritten. Staub[1]) verneint die Frage, da Anlage-, Betriebskapital und Ertrag allein den Begriff „Geschäftsumfang“ nicht ausmachen, mithin die Gewerbesteuerklassen den Geschäftsumfang nicht angäben.

Dies zugebend, steht dagegen Dove[2]) auf dem Standpunkt, daß der Gesetzgeber bei der Emanation des Handelsgesetzbuches in erster Linie an Preußen, als den größten Einzelstaat, gedacht habe, da es „wohl sonst keinen Einzelstaat geben wird, in welchem der Nonsens einer nach dem ‚Geschäftsumfang‘ im eigentlichen Sinne bemessenen Besteuerung schon damals, als das Handelsgesetzbuch aufgestellt und beraten wurde, bestanden hätte“.[3]) Deshalb sei anzunehmen, daß die Auffassung, von welcher der genannte Erlaß des preußischen Handelsministers

[1]) DJZ. Jahrg. 1898 S. 421.

[2]) Holdheims Monatsschr. 7. Jahrg. 1898 S. 297.

[3]) Dove a. a. O. S. 298.

ausgegangen sei, auch die des Handelsgesetzbuches sei, „daß also die Abgrenzung in Preußen nur auf Grund der durch das Gesetz v. 24. 6. 1891 bemessenen Steuerpflicht erfolgen könne".

Die Dovesche Beweisführung fußt zwar nur auf allgemeinen Räsonnements, seine Ansicht ist aber nach unserer Meinung die richtige. Andernfalls müßte man dem Gesetzgeber unterstellen, im § 4 Abs. 3 eine Vorschrift gegeben zu haben, die in Wirklichkeit undurchführbar wäre. Denn der „Geschäftsumfang" ist, wie Staub[1]) auch zugibt, ziffernmäßig nicht festzustellen und deshalb völlig ungeeignet, als Grundlage einer Besteuerung zu dienen.

Wie aber oben schon ausgeführt, hat die Kommission den weiteren Begriff „Umfang" an Stelle des ziffernmäßig feststellbaren „Umsatzes" gesetzt[2]) und damit gerade zum Ausdruck gebracht, daß auch eine auf anderen quantitativen Merkmalen als „Umsatz" beruhende Besteuerung den Zwecken des § 4 Abs. 3 dienen kann.

Tatsächlich getroffen sind die Bestimmungen jedoch in Preußen noch nicht, von den anderen Bundesstaaten hat nur Schwarzburg-Rudolstadt von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht, das in einer Verordnung v. 11. 12. 1899 im § 1 bestimmt: „Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag

[1]) a. a. O.

[2]) Hahn, Mat. S. 540.

1000 Mk. noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 Mk. erreicht".[1][2])

Ist einmal eine derartige Bestimmung in einem Bundesstaate getroffen, so gelten alle Gewerbebetriebe des betreffenden Landes, soweit sie nach den getroffenen Bestimmungen Kleingewerbe sind, auch im ganzen Reich als Kleingewerbe.[3][4]) Bei Zweigniederlassungen wird die Hauptniederlassung entscheiden.

III. Rechtliche Stellung der Minderkaufleute.

§ 6.

1. Die Vorschriften über die Handelsfirma.

Die Minderkaufleute sind, weil sie Kaufleute sind, allen Vorschriften des Handelsgesetzbuches unterworfen, und nur diejenigen Bestimmungen finden auf sie keine Anwendung, bei denen dies im Gesetz ausdrücklich er-

---

[1]) Weiß S. 28 Anm. 4.

[2]) In den meisten AG. z. HGB. sind die Organe genannt, welche die Bestimmungen auf Grund des § 4 Abs. 3 zu erlassen befugt sein sollen. In Preußen sind dies der Justiz- und Handelsminister, welche nach Anhörung der Vertreter des Handelsstandes die Bestimmungen zu erlassen haben. AG. v. 29. 9. 1899 Art. 1.

[3]) vgl. Goldschmidt Bd. 1 S. 540 Anm. 47 zu § 46; Staub S. 73 Anm. 22.

[4]) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 40 Nr. 5; Goldmann S. 33 IV; a. M. Bovensiepen S. 32, freilich mit unzureichender Begründung.

wähnt ist. Solche zählt § 4 auf, nämlich die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura; diese sollen auf Minderkaufleute keine Anwendung finden. In erster Linie soll demnach der Minderkaufmann keine Firma haben, er unterliegt somit weder den Pflichten, noch auch genießt er die Rechte, welche die Firma dem Vollkaufmann entstehen läßt. Die Firma eines Kaufmanns ist nach des Handelsgesetzbuchs eigener Definition „der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt" (§ 17 HGB.), und zwar herrscht im Handelsgesetzbuch in der Hauptsache das Prinzip der Firmenwahrheit, d. h. prinzipiell soll der Inhaber eines Geschäftes nur unter seinem eigenen Namen Geschäfte treiben (§ 18 HGB.). Da jedoch die Firma, zumal bei größeren Unternehmungen, einen reellen Wert hat — die Kunden kennen diesen Namen, an ihn knüpft sich das Renommee des Geschäftes —, so ergibt sich von selbst ein Interesse des etwaigen Übernehmers des Geschäftes an der Weiterführung der Firma, wie dies § 22 ausdrücklich gestattet; das Prinzip der Firmenwahrheit ist durchbrochen.

Anders beim Minderkaufmann. Er soll ausgeschlossen sein von den Vorschriften über die Firma, sein Geschäftsname ist und bleibt sein gewöhnlicher bürgerlicher Name, den er, falls er einen offenen Laden hat oder eine Gast- oder Schankwirtschaft betreibt, mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Ein-

gang anbringen muß.[1]) Dieser Name, unter dem er, wie der Vollkaufmann unter seiner Firma, Geschäfte betreibt, ist ihm in weitestgehendem Maße gegen mißbräuchliche Anwendung Dritter geschützt.

So steht dem Minderkaufmann in erster Linie die Bestimmung des § 12 BGB. schützend zur Seite; hier wird ihm ein Klagerecht gegen jeden Dritten gegeben, der unbefugt seinen Namen gebraucht, falls sein Interesse dadurch verletzt wird, was bei einem Kaufmann, falls ein andererer unter demselben Namen ein gleiches oder ähnliches Geschäft betreibt, wohl stets der Fall sein wird. Er kann Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, er kann auf Unterlassung klagen, falls weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Ein weiteres Klagerecht gibt ihm das Gesetz in § 823 an die Hand; trifft nämlich denjenigen, der sich widerrechtlich seines Namens bedient, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, so kann er den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Verletzung seines Rechts auf Führung des Namens entstanden ist. Ebenfalls gibt § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. 5. 1896 dem Minderkaufmann das Recht, von demjenigen Ersatz des Schadens zu verlangen, der seinen Namen im geschäftlichen Verkehr in einer Weise benutzt, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Dieser Paragraph gibt ihm auch das Recht, seinen Anspruch auf Unterlassung der miß-

[1]) RGewO. § 15a, § 148; Art. 9 EG. z. HGB.

bräuchlichen Art der Benutzung seines Namens geltend zu machen. Ob hierbei der Dritte befugt oder unbefugt sich des Namens bedient, ist einerlei.[1])

Ein weiteres Klagerecht gibt das Handelsgesetzbuch selbst dem in seinen Rechten verletzten Minderkaufmann im § 37 Abs. 2 an die Hand. Dieser Paragraph will nicht nur das kaufmännische Firmenrecht schützen, sondern im allgemeinen jedes Recht, das durch unbefugte Firmenführung verletzt wird.[2]) Andererseits gilt diese Bestimmung auch zugunsten von juristischen Personen, was bezüglich des § 12 BGB. zweifelhaft sein kann, da dieser Paragraph im Abschnittt über „Natürliche Personen" steht.[3]) Schließlich kann sich der Minderkaufmann auch der Feststellungsklage des § 256 ZPO. bedienen.[4])

Der Minderkaufmann braucht sich bei Führung seines bürgerlichen Namens nicht um die Vorschrift des § 30 HGB. zu kümmern, denn diese findet, weil eine Vorschrift über die Firma, auf ihn keine Anwendung; er kann sich also seines Namens, auch wenn dieser mit einer am selben Orte bestehenden Firma oder dem Namen eines anderen

[1]) Staub § 37 Anm. 26 Nr. 3 S. 203/04.

[2]) Lehmann-Ring § 41 zu § 37 Nr. 9; Staub § 37 Anm. 10, 12 S. 197/98; Goldmann § 4 Anm. 1 II Bd. 1 S. 31; Makower S. 75 § 37 IIIb; RG. in Zivils. Bd. 37 S. 59, Bd. 29 S. 125; Holdheim 1905 S. 161.

[3]) vgl. Planck Anm. 6 zu § 12 BGB.

[4]) Erwähnt sei in diesem Zusammenhange noch § 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. 5. 1894.

Minderkaufmannes übereinstimmt, auch ohne eines Zusatzes bedienen, sofern nicht etwa § 8 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes Platz greift.[1])

Andererseits genießt der Minderkaufmann, da sein Name keine Firma im Rechtssinne ist, nicht das Recht, seinen Namen mit seinem Geschäft zu veräußern, wie solches § 23 bezw. § 25 ausdrücklich für die Firmen zuläßt, obgleich diese ja auch nur Namen sind (§ 21).

Der bürgerliche Name, dessen sich der Minderkaufmann auch im Geschäftsleben bedienen muß, stellt eben ein höchstpersönliches Rechtsgut dar.

Wird trotzdem z. B. beim Verkauf des Geschäfts eines Minderkaufmannes vereinbart, daß der Name mit übertragen werden soll, daß der Erwerber das Geschäft unter dem alten Namen weiterführen soll, so erwirbt dieser kein Recht an dem Namen,[2]) eine Haftung für die Geschäftsschulden tritt nicht in Gemäßheit der §§ 25—27 ein, wohl aber wird der Veräußerer verpflichtet, sich des Namens für sein Geschäft nicht weiter zu bedienen.[3])

Andererseits haftet der Veräußerer für alle Schulden, welche der Erwerber im Betriebe des unter seinem, des Veräußerers Namen geführten Geschäftes eingeht, bis die Veräußerung in geeigneter Weise angezeigt ist.[4])

---

[1]) vgl. das oben S. 55 Ausgeführte.

[2]) Lehmann-Ring S. 42 Nr. 7 zu § 4.

[3]) Lehmann-Ring a. a. O.; vgl. Cosack S. 88 § 16 II, 1, der eine andere Meinung vertritt.

[4]) Lehmann-Ring a. a. O.; Goldmann S. 31 § 4 Anm. 1 II, 1;

Diese Rechte zum Schutze des Namens stehen dem Minderkaufmann natürlich nur zu, wenn er sich seines eigenen bürgerlichen Namens bedient. Gebraucht er diesen nicht, sondern führt er beispielsweise ein Geschäft unter dem Namen des früheren Inhabers weiter, so stehen ihm zum Schutze dieses Geschäftsnamens keine Rechte zur Seite. Er kann nicht bei einem Dritten die Führung eines Namens beanstanden, auf den er (wie oben ausgeführt) selbst kein Recht hat. Er selbst ist umgekehrt allen schon erwähnten Klagen ausgesetzt, ja, er kann vom Registerrichter gemäß § 37 Abs. 1 durch Ordnungsstrafe angehalten werden, den Gebrauch des übernommenen Namens zu unterlassen.[1])

Die Rechtsgeschäfte, welche der Minderkaufmann unter diesem falschen Namen abschließt, sind gültig,[2]) da im allgemeinen anzunehmen ist, daß der mit einer Firma Kontrahierende mit dem Inhaber kontrahieren will, wer es auch sei.[3])

Anders freilich bei den Formalakten des Wechsel-

Staub S. 74 Anm 23 zu § 4; RG. in Zivils. Bd. 12 S. 12, Bd. 15 S. 35, Bd. 19 S. 197.

[1]) v. Hahn § 3 zu Art. 10; Düringer-Hachenburg S. 97 § 17 I; Lehmann-Ring S. 41 § 4 Nr. 7; Goldmann S. 37 § 4 Anm. 1 II, 1; Staub S. 195 § 37 Anm. 1; a. M. Cosack § 16 II, 1 S. 88; Makower S. 73 § 37 II.

[2]) ROHG. Bd. 22 S. 71.

[3]) Staub S. 112 Anm. 1 § 11.

rechts, da hier beim Gebrauch eines falschen Namens Zweifel über die Identität hervorgerufen werden.[1])

Ebenso verlangen die Eintragungen ins Grundbuch den wirklichen Namen des Minderkaufmanns, wie ja auch nicht die Firma, sondern der bürgerliche Name des Vollkaufmanns eingetragen werden muß.[2])[3])

Vielfach ist es bei Minderkaufleuten, so besonders z. B. bei Gastwirten, üblich, ihrem Lokal oder Etablissement einen besonderen Namen wie „Zur goldenen 111" zu geben. Hier handelt es sich nicht etwa um die mißbräuchliche Anwendung einer Firma, die dem Registerrichter Grund zum Einschreiten bietet, vielmehr liegt hier lediglich eine Bezeichnung des Etablissements selbst vor;[4]) der Inhaber selbst will gar nicht unter diesem Namen im Handel seine Geschäfte betreiben. Dagegen steht dem Inhaber eines so bezeichneten Etablissements an dem Namen auch kein eigentliches Recht zu, so prinzipiell kein klagbarer Anspruch gegen denjenigen, der sich etwa derselben Bezeichnung für sein Lokal bedient,[5]) es sei denn, daß etwa die Voraussetzungen des § 8 BG. zur Be-

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 105 § 18 Bd. 7; Staub, WO. § 6 zu Art. 21.

[2]) Anders bei juristischen Personen, die Vollkaufleute sind; diese treten ja nur unter der Firma auf.

[3]) Staub S. 107 § 17 Anm. 3.

[4]) Lehmann-Ring S. 114 § 37 Nr. 2; Goldmann S. 73 Anm. 3 § 17.

[5]) Goldschmidts Zeitschr. Bd. 6 S. 587.

kämpfung des unlauteren Wettbewerbes vorliegen, was ja meistens der Fall sein wird. Jedenfalls schützt weder § 37 Abs. 2 HGB. noch § 12 oder § 823 BGB. einen derartigen Etablissementsnamen.[1])

Die Übertragbarkeit desselben ist, im Gegensatz zum bürgerlichen Namen des Kaufmannes, möglich, da es sich hier ja nicht, wie dort, um ein höchstpersönliches Recht handelt.[2]) Sogar ohne das Geschäft kann dieser Name, was bei einer Firma kraft positiver Vorschrift unmöglich ist, übertragen werden.[3]) Wird das Geschäft z. B. mit dem Namen verkauft, so kann man eigentlich nicht von einem Verkaufen des Namens sprechen; denn der Etablissementsname ist weder eine Sache noch ein Recht, und nur von diesen spricht § 433 BGB. Man kann vielmehr nur sagen, daß der Veräußerer sich dem Erwerber gegenüber verpflichtet, fortan sich des Namens selbst nicht mehr zu bedienen.[4]) Übernimmt der Erwerber das minderkaufmännische Geschäft mit dem Namen, unter dem es der Veräußerer geführt hat, und führt er es unter diesem Namen fort, so fragt es sich, ob eine Schuldenhaftung gemäß §§ 25—27 HGB. eintritt, oder ob die Vorschriften dieser Paragraphen vielleicht analog anzuwenden sind.

---

[1]) RG. in Zivils. Bd. 1 S. 26.

[2]) Staub S. 145 § 22 Anm. 25.

[3]) Anschütz u. v. Völderndorff Art. 14, 6 S. 115, Art. 10, 2 S. 63.

[4]) Staub S. 114 Anm. 6 § 17.

Nach unserer Ansicht ist beides zu verneinen, die Frage ist aber bestritten.[1])

In erster Linie spricht für unsere Ansicht die Stellung dieser Paragraphen unter den Abschnitt „Handelsfirma". § 4 schließt aber für die Minderkaufleute die Anwendung aller firmenrechtlichen Vorschriften ohne Ausnahme — also auch diese — aus. Andererseits kehrt in diesem Paragraphen der Ausdruck „Firma" stets wieder, was doch geradezu auf das Erfordernis des Vorliegens eines firmenberechtigten Handelsgewerbes hindeutet. Im Gegensatz hierzu stellt Goldmann[2]) für § 25 den Satz auf: „daß das Handelsgewerbe ein firmenberechtigtes, also dasjenige eines Vollkaufmannes sei, erfordert § 25 nicht".

Er begründet diesen Satz mit den Erwägungen, daß zwar die Fortführung eines minderkaufmännischen Handelsgewerbes unter der alten Firma[3]) unberechtigt sei; die Unzulässigkeit der Firmenführung schließe aber, falls letztere nun tatsächlich vorliege, die Anwendbarkeit des § 25 nicht aus. Auch auf den Vollkaufmann, der ein firmenberechtigtes Handelsgewerbe unter der alten Firma unberechtigterweise fortführt — falls nämlich die Ein-

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 55 § 4 V a, S. 116 § 25 II, 1; Lehmann-Ring S. 41 § 4 Nr. 7 zustimmend. Dagegen Goldmann § 102, § 25 I a; vgl. Staub S. 145 § 25 Anm. 29.

[2]) Goldmann a. a. O.

[3]) Den Ausdruck Firma verwendet Goldmann im weiteren Sinne, da ein Minderkaufmann eine Firma im eigentlichen Sinne ja nicht haben kann.

willigung des Veräußerers, wie § 22 diese verlangt, nicht vorliegt — finde § 25 Anwendung; es liege somit kein Grund vor, die Anwendbarkeit für den Minderkaufmann verneinen zu wollen.

Goldmann übersieht hierbei offenbar, daß dem Minderkaufmann die Führung jedweder Firma überhaupt versagt ist, der Vollkaufmann dagegen in dem vorliegenden Fall nur gerade diese Firma, d. h. die des übernommenen Geschäftes, nicht führen darf.

Auch Staub[1]) erklärte im Gegensatz zur neuen Auflage seines Kommentars[2]) den § 15 auf minderkaufmännische Betriebe für anwendbar, und zwar den Absatz 1 dieses Paragraphen auf Grund der von ihm verfochtenen Behauptung: „Wer sich im Verkehr als Vollkaufmann geriert, muß es sich gefallen lassen, als solcher behandelt zu werden". Wer aber ein minderkaufmännisches Gewerbe unter dem alten Namen fortführe, geriere sich, als ob er ein Geschäft eines Großkaufmannes erworben habe, er geriere sich durch Führung einer Firma als Vollkaufmann. Dieser Ansicht Staubs soll weiter unten in einem besonderen Abschnitt entgegengetreten werden. Die weitere Behauptung aber, der Absatz 3 desselben Paragraphen sei auch für Minderkaufleute anwendbar, soll gleich hier widerlegt werden. Nach Staubs Ansicht enthält nämlich § 25 Abs. 3 gar keine Vorschrift über die Firma im Sinne

---

[1]) Staub 6./7. Aufl. S. 140 § 25 Anm. 67, S. 145 Anm. 29.

[2]) Staub S. 154 Anm. 6.

des § 4.[1]) Diese Ansicht ist abzulehnen, denn aus den Worten „wird die Firma nicht fortgeführt" geht doch deutlich hervor, daß das Gesetz an die Übernahme eines Geschäftes, das unter einer Firma geführt wurde, denkt, also an dasjenige eines Vollkaufmanns; der Minderkaufmann hat eben gar keine Firma. Der Staubsche Standpunkt, daß der Minderkaufmann wohl eine Firma hat, aber den Vorschriften über dieselbe nicht unterworfen ist, ist angesichts des klaren Wortlauts des § 4 nicht haltbar. Somit hat das Gesetz die direkte Anwendung der §§ 25—27 auf die Minderkaufleute im § 4 untersagt; daraus folgt aber schon, daß die analoge ebenso unstatthaft ist. Sollen daher die in §§ 25—27 bestimmten Rechtsfolgen eintreten, so muß dies besonders vertraglich geregelt werden, was ja nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im allgemeinen ohne weiteres zulässig ist. Daß zwar § 419 BGB. eine solche Vereinbarung nicht ersetzt, ist wohl stets anzunehmen, da das Handelsgeschäft kaum das ganze Vermögen des Minderkaufmanns ausmachen wird.

Auch § 28 findet auf Minderkaufleute keine Anwendung, d. h. der Einzelkaufmann, dessen Geschäft durch Eintritt eines Dritten zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft erweitert wird, muß Vollkaufmann sein. Makower[2]) meint zwar, dies brauche nicht der Fall zu sein, da der § 1 die Fortführung einer

[1]) Staub 6./7. Aufl. S. 145 § 25 Anm. 29.

[2]) Makower S. 64 § 28 I; ebenfalls Staub S. 174 § 28 Anm. 3.

„Firma" nicht voraussetze; wohl müsse dagegen die neu entstehende Gesellschaft die Eigenschaft eines Vollkaufmanns haben, da bei Vereinigungen von Minderkaufleuten nicht von einem „persönlich haftenden Gesellschafter" oder einem „Kommanditisten" gesprochen werden könne. Letzteres ist aus den angeführten Gründen richtig; da aber der Paragraph von der „früheren Firma" überhaupt spricht, so setzt das Gesetz doch unbedingt das Geschäft eines Vollkaufmannes, d. h. eines solchen, der berechtigterweise eine Firma führt, voraus.[1])

§ 7.

a) Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann.

Nicht selten kommt es vor, daß der Minderkaufmann sich im Verkehr als Vollkaufmann gibt, daß er sich eine „Firma" zulegt, sei es, daß diese in dem Gebrauch eines von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Geschäftsnamens besteht, sei es, daß er seinem wirklichen Namen einen auf ein Gesellschaftsverhältnis hindeutenden Zusatz, wie „& Co.", gibt. Es fragt sich nun, wie es mit der Gültigkeit der unter diesem fälschlichen, das Vorliegen der Vollkaufmannseigenschaft andeutenden Firmennamen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte steht. Greift etwa zugunsten des Gegenkontrahenten, der, in der Annahme, es mit einem Vollkaufmann zu tun zu haben, und im Ver-

[1]) Düringer-Hachenburg S. 128 § 28, S. 109 § 22 II, 1; Goldmann S. 137 § 28 I, 1a; Lehmann-Ring S. 41 § 4 Nr. 7.

trauen auf diese Vollkaufmannsqualität, sich zum Abschluß von Handelsgeschäften mit dem Minderkaufmann hat bewegen lassen, die eben entwickelte Sonderstellung der Kaufleute minderen Rechts für den Einzelfall nicht durch, muß der Betreffende sich vielmehr als Vollkaufmann behandeln lassen?

Für die erste hierbei entstehende Frage, die der Gültigkeit der nach bürgerlichem Recht an keine besondere Formvorschrift gebundenen Rechtsgeschäfte, kommt, wie schon oben [1]) angedeutet, die falsche Firmenbezeichnung nicht in Betracht. Verpflichtungen geht ja niemals die Firma als solche — ein derartiges Rechtssubjekt existiert überhaupt nicht —, sondern immer nur der unter der Firma im Geschäftsleben auftretende Kaufmann ein; mit ihm kontrahiert man, und der Umstand, daß der Name, unter welchem der Minderkaufmann auftrat, ein falscher, ihm nicht zukommender war, hat somit auf die Gültigkeit der von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht den geringsten Einfluß.[2]) Anders steht es freilich mit der zweiten Frage, der Gültigkeit der unter Verletzung der für den Minderkaufmann geltenden Formvorschriften vorgenommenen Rechtshandlungen, wie z. B. der rein mündlich abgegebenen Bürgschaftserklärung. Hier ist § 5 HGB. von weittragendster Bedeutung. Ist der Minderkaufmann so überzeugend als Vollkaufmann

[1]) S. 58 der Abhandl.

[2]) ROHG. Bd. 22 S. 71; Düringer-Hachenburg S. 55 Va; Staub S. 73/74 § 4 Anm. 23.

aufgetreten, daß er sogar, entgegen der ausdrücklichen Vorschrift, eine Eintragung seiner Firma ins Handelsregister herbeizuführen gewußt hat, so steht er nun als Vollkaufmann da, „es kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre" (§ 5 HGB.).

Der Minderkaufmann kann also nicht geltend machen, er sei kein Vollkaufmann; er *gilt*, solange die Eintragung besteht, als Vollkaufmann. Er *gilt* aber bloß als solcher, er ist es nicht, wie *Schirrmeister*[1]) dies annimmt, wenn er sagt: „Jeder eingetragene Kaufmann ist Kaufmann, sola matricula facit mercatorem". Nach seiner Ansicht würde gerade die notwendige und vom Gesetzgeber auch gewollte Rechtssicherheit illusorisch gemacht, wenn der Eingetragene nur als Vollkaufmann gelte, nicht es auch sei. „Man muß sich darauf verlassen können, daß jeder Gewerbetreibende, der im Handelsregister eingetragen ist, auch wirklich Kaufmann ist."[2]) Abgesehen davon, daß *Schirrmeister* hier die Unrechtmäßigkeit der Eintragung außer acht läßt, kommt es ja auch für die Rechtssicherheit gar nicht weiter in Betracht, ob der Eingetragene nur als Vollkaufmann gilt oder es durch die Eintragung tatsächlich wird. Die Rechtssicher-

[1]) Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 36 ff.

[2]) *Schirrmeister* a. a. O. S. 37 ff.

heit ist in beiden Fällen die gleiche. Andererseits setzt § 5 direkt das Vorhandensein eines Gewerbebetriebes voraus; liegt ein solcher gar nicht vor, so gilt der Eingetragene auch nicht als Vollkaufmann, was ja Schirrmeisters Ansicht direkt widerlegt; auch für den Registerrichter und für den Strafrichter besteht die Vollkaufmannseigenschaft eines solchen fälschlich Eingetragenen nicht.[1])

Eine Reihe von Schriftstellern[2]) legt den § 5 als Fiktion aus; der Eingetragene betreibe nun ein Vollhandelsgewerbe, er sei nun Vollkaufmann. Sie kommen damit natürlich zu dem gleichen, wie ausgeführt, falschen Resultate wie Schirrmeister. Der Eingetragene muß nach ihrer Ansicht nicht nur als Vollkaufmann gelten, er ist es vielmehr, denn das Wesen der Fiktion besteht ja gerade darin, daß die Rechtslage so behandelt wird, als sei der fingierte Tatbestand wirklich vorhanden. Düringer-Hachenburg teilen aber, trotzdem sie die Fiktion annehmen, doch die hier vertretene Ansicht, der im Handelsregister Eingetragene sei nicht wirklich Vollkaufmann, sondern gelte nur dafür.[3])

Für diese Ansicht spricht auch der Umstand, daß das Gesetz ausdrücklich von einer „Berufung" auf die Eintragung spricht. Nur gegenüber demjenigen, welcher

[1]) Düringer-Hachenburg S. 59 § 5 IVbc; Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2; Denkschr. in Hahn, Mat. S. 203/04.

[2]) Düringer-Hachenburg, Lehmann-Ring und Makower.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 57/58.

sich auf die Eintragung beruft, sind die im § 5 erwähnten Einreden ausgeschlossen, nicht aber für den Fall, daß eine solche Berufung überhaupt nicht stattfindet. Außerdem sind ja nur die Einreden, daß das betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder doch nur ein Minderhandelsgewerbe sei, ausgeschlossen, alle anderen Einreden, wie z. B., daß überhaupt kein Gewerbe betrieben würde, bleiben bestehen.

Der Minderkaufmann gilt somit als Vollkaufmann, und dies ist für die obenerwähnte zweite Frage von weitgehendster Bedeutung, nämlich, wenn ein Dritter sich auf die Eintragung verlassen hat. Die von einem eingetragenen Minderkaufmann abgegebene mündliche Bürgschaft ist sonach gültig, die von ihm bestellte Prokura untersteht den §§ 48 ff. als vollgültige, und die §§ 25 bis 27 finden auf minderkaufmännische Geschäfte Anwendung.[1])

Ferner gilt auch eine eingetragene offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als solche, selbst wenn sie nur ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt.

Die Vorschrift des § 5 hat in erster Linie Bedeutung auf dem Gebiete des Zivilrechts, in gewisser Beziehung greift sie jedoch auch auf das Gebiet des öffentlichen Rechts über. So kommt sie für solche prozessuale Vorschriften in Betracht, welche zur sachgemäßen Durchführung der

[1]) Lehmann-Ring S. 93 § 25 Nr. 8; Düringer-Hachenburg S. 120 § 26 I; Staub S. 77 § 5 Anm. 4.

zivilrechtlichen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind; sie wirkt ein auf die Frage der Zuständigkeit (§ 101 GVG.), die Kammer für Handelssachen ist für einen eingetragenen Minderkaufmann zuständig, auch kann er unter seiner Firma klagen und verklagt werden.[1]) Letzteres ist freilich oft bestritten,[2]) besonders mit Hinweis auf eine Stelle der Denkschrift, wo es heißt:

> „Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden, zumal die Eintragung auch gegen den Willen des Betroffenen vom Registerrichter herbeigeführt werden kann".[3])

Diese Stelle läßt sich aber um so weniger als Beleg der gegenteiligen Ansicht anführen, da hier die Denkschrift, wie sich aus den der Stelle folgenden Worten klar ergibt, hauptsächlich das Gebiet des Strafrechts im Auge hat; daß aber für dieses eine Eintragung, wie § 5 sie erwähnt, bedeutungslos ist, ist wohl unbestritten.[4]) Weiter muß dem § 5 auf öffentlichrechtlichem Gebiet Bedeutung ein-

---

[1]) Lehmann-Ring S. 43/44 § 5 Nr. 2; Düringer-Hachenburg S. 58 § 5 IV.

[2]) So von Göppert in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 47 S. 268.

[3]) Denkschr. S. 18; Hahn, Mat. S. 204.

[4]) Staub S. 79 § 5 Anm. 4; Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2; Düringer-Hachenburg S. 59 § 5 IV.

geräumt werden, wo an die Eintragung selbst Rechtsfolgen geknüpft sind. Ein eingetragener Minderkaufmann kann somit Handelsrichter werden,[1]) er kann zur Handelskammer wählen und gewählt werden,[2]) [3]) auf ihn findet das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894 keine Anwendung.[4])

Alle diese mit der Eintragung verknüpften Wirkungen bestehen jedoch nur so lange, wie die Eintragung selbst besteht. Mit der Löschung der Firma verliert auch § 5 seine Bedeutung. Die Eintragung selbst, die übrigens ohne hinzukommende Publikation die angeführten Wirkungen hat, zu löschen, ist Pflicht des Registerrichters, wie auch der Eingetragene selbst die Löschung verlangen kann. Für die Löschung ist die Publikation von Bedeutung, hier greift § 15 ein, so daß der Minderkaufmann einem Dritten, dem die nichtpublizierte Löschung der Firma nicht bekannt war, diesen Umstand nicht entgegensetzen kann (§ 15 Abs. 1). Der Unterschied, weshalb bei der Eintragung der Firma die Publikation ohne Bedeutung ist, bei der Löschung dagegen von großer Bedeutung, liegt darin, daß die Eintragung der Firma eines Minderkaufmanns keine „in das Handelsregister einzutragende

[1]) Das von einem derartigen Handelsrichter gefällte Urteil ist nicht von einem index inhabilis gefällt.

[2]) In Preußen nach dem Gesetz über die Handelskammern v. 24. 2. 1870 bezw. 19. 8. 1897.

[3]) a. M. Staub S. 79 § 5 Anm. 4.

[4]) Düringer-Hachenburg S. 58 IV.

Tatsache" im Sinne des § 15 ist, die Löschung dieser fälschlich eingetragenen Firma aber eine solche „einzutragende Tatsache" darstellt.[1][2])

§ 8.

b) Der im Verkehr als Vollkaufmann auftretende Minderkaufmann.

Die Rechtsvermutung des § 5 geht jedoch nicht weiter, als der Wortlaut des Gesetzes gestattet, der Paragraph ist als Ausnahmebestimmung zu interpretieren. Die Bestimmung dieses Paragraphen ist eine höchst singuläre, keiner analogen Ausdehnung fähige Rechtsnorm, die Wirkungen, welche § 5 an das Eingetragensein seiner Firma für den Minderkaufmann knüpft, treffen diesen nicht schon deshalb, weil er überhaupt im Geschäftsverkehr sich einer Firma bedient. Auf letzterem Standpunkt steht der Staubsche Kommentar, wenn er den Satz aufstellt[3]): „Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann". Staub geht sogar so weit, daß er die Bestimmung des § 5 als einen Ausfluß dieses Grund-

[1]) Anderer Ansicht Staub S. 78 § 5 Anm. 6, S. 87 Exkurs zu § 8 Anm. 13.

[2]) Lehmann-Ring S. 44 § 5 Nr. 2, S. 66/67 § 15 Nr. 5; Düringer-Hachenburg S. 83 § 15 III, 1; Makower S. 35 § 15 III, 1 b c; Goldmann S. 58 § 15 Anm. 1 I.

[3]) Staub S. 79 Exkurs zu § 5 Anm. 1; ebenfalls Staub 6./7. Aufl. S. 79.

satzes, als einen besonders markanten Anwendungsfall dieses Prinzips bezeichnet. Staub leitet dieses Prinzip ab von dem höheren, „daß ein jeder es sich gefallen lassen muß, daß seine Erklärung so aufgefaßt wird und diejenige Bedeutung hat, die ihr nach ‚Treu und Glauben' im Rechtsverkehr zukommt".[1]) Also der letzte Ankerpunkt für das Staubsche Prinzip ist die Formel „Treu und Glauben", diese oft mißbrauchten Worte, die auch von Staub in der weitgehendsten Weise benutzt werden, den aufgestellten Grundsatz zu stützen. Es bedarf nicht eines weiteren Eingehens darauf, welche Bedeutung den Worten „Treu und Glauben" beizumessen ist, und man kann von einer Erörterung der von diesen Worten gemachten Anwendung absehen. Schon aus anderen Gründen ist die Richtigkeit des Staubschen Prinzips anzufechten.

Nach dem klaren Wortlaut des Handelsgesetzbuchs sollen die in den §§ 4 u. 350 angeführten Rechtsinstitute und Formfreiheiten auf Minderkaufleute keine Anwendung finden; diese Normierung ist als eine unbedingt zwingende anzusehen, die Bestimmungen stellen Schutzgesetze dar für wirtschaftlich schwache Kreise, die möglichst vor den Gefahren, die völlige Formfreiheit mit sich bringt, geschützt werden sollen. Der Minderkaufmann wird nun doch keinesfalls dadurch zum Vollkaufmann, daß er sich gibt, als ob er ein solcher wäre, ja man kann nicht einmal folgern, daß der Minderkaufmann durch

[1]) Staub S. 79 Exkurs zu § 5 Anm. 1, 1.

dieses „sich Gerieren als Vollkaufmann“ etwa die Bestimmungen, die nur für Vollkaufleute gegeben sind, auch gegen sich gelten lassen will. Andererseits geht schon aus dem Wortlaut des § 5 die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht hervor. § 5 lautet: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den in § 4 Abs. 2 bezeichneten Betrieben gehöre“. Also wenn die Eintragung erfolgt ist, und zwar nur, wenn diese erfolgt ist, kann nicht geltend gemacht werden, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei ein minderkaufmännisches. Wenn aber die Eintragung nicht erfolgt ist, kann dieser Umstand sehr wohl geltend gemacht werden, wie sich per argumentum e contrario ergibt. Somit wird durch reines „sich als Vollkaufmann aufführen“ kein Minderkaufmann zum Vollkaufmann; auch gilt er nicht als solcher und unterfällt nicht den nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften.[1]) Seine bloß mündlich abgegebene Bürgschaft ist belanglos, die von ihm versprochene Vertragsstrafe kann, falls sie zu hoch erscheint, vom Richter ermäßigt werden. Er gilt und ist voll und ganz Minderkaufmann mit allen Rechten und Pflichten eines solchen.

[1]) Düringer-Hachenburg S. 55 § 4 Nr. 5a, S. 57 § 5 Nr. 2.

§ 9.

2. Die Vorschriften über die Handelsbücher.

Auf die Minderkaufleute finden die Vorschriften über die Handelsbücher keine Anwendung, sie sind von der Führung derselben entbunden. Somit sind die Minderkaufleute auch nicht verpflichtet, Inventur oder Bilanz aufzustellen, Abschriften von abgehenden Briefen zu nehmen und diese, wie auch eingehende Korrespondenzen, 10 Jahre aufzubewahren. Natürlich steht es ihnen frei, dennoch Handelsbücher zu führen, tun sie es, so finden auf die von ihnen geführten Bücher die Vorschriften des Abschn. 4 keine Anwendung. Die Bücher können daher in einer toten Sprache (hebräisch) geführt werden, sie können Rasuren enthalten und brauchen kein klares Bild von der Lage des Vermögens zu ergeben. Es kommen sonach für den Minderkaufmann auch nicht die Strafbestimmungen der Konkursordnung, die diese in §§ 239, 240 enthält, in Betracht. Dies ist für den § 239 Ziff. 4 freilich bestritten, und es behaupten einige, daß diese Bestimmung auf einen Minderkaufmann Anwendung finden soll, der zwar Handelsbücher, wenn auch ohne dazu verpflichtet zu sein, geführt, diese aber später verheimlicht, vernichtet oder überhaupt so geführt hat, daß sie seine Vermögenslage nicht klar ergeben.[1]) Gestützt wird diese Anschauung

[1]) Hälschner, Lehrb. des Strafrechts S. 411; v. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 465; Merkel in Holtzendorffs Handb. des Strafrechts Bd. 3 S. 818.

auf den Umstand, daß in Ziff. 4 genannten Paragraphens die Worte „deren Führung ihnen gesetzlich oblag" im Gegensatz zu Ziff. 3 fehlen. Mithin sollen hier auch Bücher gemeint sein, deren Führung nicht obligatorisch war. Diese Auffassung ist nach unserer Ansicht verfehlt. Denn abgesehen davon, daß in diesem Falle ein Minderkaufmann, der unzulänglich Bücher geführt hat, Bestrafung verwirken würde, während jener, der überhaupt keine führte, frei ausgeht, eine Auffassung, die zu unheilvollen Konsequenzen führen muß, hat der Minderkaufmann ebensowenig Handelsbücher, im technischen Sinne, wie ihm eine Firma zusteht. Die Vorschriften über Handelsbücher sollen eben kraft positiver Vorschrift des § 4 auf ihn keine Anwendung finden.[1])

Somit ergibt sich für den Strafrichter die Notwendigkeit der Entscheidung, ob es sich im konkreten Falle um einen Voll- oder Minderkaufmann handelt, eine Entscheidung, bei welcher er selbständig vorzugehen hat, bei welcher er namentlich nicht gebunden ist an etwaige erfolgte oder verweigerte Eintragungen seitens des Registerrichters.

Für den Zivilprozeß ist die Befreiung von der Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern für den Minderkaufmann insofern von Bedeutung, als auf ihn die Vorschrift des § 45 HGB. keine Anwendung finden

---

[1]) Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches S. 704; Jaeger, Komm. z. KO. 2. Aufl. 1904 S. 955 § 239.

kann, der dem Gericht die Befugnis einräumt, im Laufe des Prozesses von Amts wegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anzuordnen.[1])

Die Editionspflicht des Minderkaufmannes richtet sich vielmehr nur nach § 422 ZPO., der wiederum auf § 810 BGB. zurückgreift.

Es ist somit der besondere Inhalt der von dem Minderkaufmann geführten Bücher für die Editionspflicht von Bedeutung, da ein Dritter bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses die Vorlegung nur verlangen kann, wenn das in den Büchern Eingetragene in seinem Interesse eingetragen ist oder wenn darin ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist, oder schließlich wenn die Bücher Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthalten, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von diesen beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen sind.

Auf die Beweiskraft, die der Richter den vorgelegten Büchern beimessen will, ist es natürlich ohne Einfluß, ob es sich um Handelsbücher eines Vollkaufmannes oder um die von einem Minderkaufmann geführten Bücher handelt:

Bei beiden gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

---

[1]) JurW. 1903 S. 421.

§ 10.

3. Die Vorschriften über die Prokura.

Weitere Vorschriften, die auf Minderkaufleute gemäß § 4 keine Anwendung finden sollen, sind die über die Prokura. Der Minderkaufmann kann keinen Prokuristen bestellen. Ein von ihm etwa doch bestellter ist dagegen nicht ohne jedwede Befugnis, die Bestellung ist nicht als bedeutungsloser Akt anzusehen,[1]) nicht alle von einem derart bestellten Prokuristen abgeschlossenen Geschäfte sind ohne weiteres nichtig. Vielmehr müssen hier die in §§ 133 bis 140 BGB. enthaltenen Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, es ist der wirkliche Wille des Bestellenden zu erforschen, der doch meist dahin gehen wird, daß der bestellte „Prokurist" eine möglichst weitgehende Vollmacht erhalten sollte. Ist diese in der weitgehendsten Form nicht möglich, so sollte doch sicherlich die minder weitgehende Generalvollmacht (§ 54 HGB.) erteilt werden; die von dem „Prokuristen" abgeschlossenen Geschäfte sind für den Minderkaufmann ohne weiteres verbindlich, soweit sie es gemäß dieser Vollmacht sein würden.

Alle über den Umfang der Generalvollmacht hinausgehenden Geschäfte dagegen sind als von einem Nichtbevollmächtigten geschlossen anzusehen, selbst wenn sie sich noch im Rahmen einer Prokura halten; gegen den

[1]) Thöl a. a. O. S. 204 sagt: Ein gewollter, aber ungültiger Prokurist ist nicht als Handlungsbevollmächtigter anzusehen; er ist ohne alle Vollmacht!

Minderkaufmann erhält in diesem Falle der Gegenkontrahent Ansprüche nur auf Grund des bürgerlichen Rechts (§§ 177 ff. BGB.).

Nur in den allerseltensten Fällen wird es anzunehmen sein, daß der Minderkaufmann ausschließlich eine Prokura im Sinne der §§ 48 ff. und keine andere Vollmacht habe bestellen wollen; dann freilich würde die Bestellung nichtig sein, der Besteller überhaupt keine Vollmacht haben.[1])

Nur die Erteilung der Prokura ist dem Minderkaufmann versagt. Handlungsbevollmächtigte, Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, auch Handlungsagenten kann er dagegen haben, die Bestimmungen des Abschn. 6 HGB. finden auch auf ihn Anwendung.

§ 11.

4. Die Gesellschaften der Minderkaufleute.

Nach Abs. 2 des § 4 kann eine offene Handelsgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft durch den Zusammenschluß von Minderkaufleuten nicht entstehen. Selbst ohne diese Vorschrift wäre dieses selbstverständlich; denn diese Gesellschaften fordern Betrieb unter einer gemeinsamen Firma.[2]) An allen anderen Handelsgesellschaften, nämlich an Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften m. b. H., kann

[1]) Goldmann S. 32 § 4 II Nr. 3; Lehmann-Ring a. a. O. S. 42.

[2]) Lehmann-Ring S. 42 § 4 Nr. 10.

sich der Minderkaufmann beteiligen. Freilich sind diese Gesellschaften ohne Rücksicht auf die Art oder den Umfang des Betriebsgegenstandes stets Vollkaufleute,[1]) selbst wenn sie von Minder- oder Nichtkaufleuten betrieben werden, auch kommt ihnen juristische Persönlichkeit zu. Ähnlich liegt es mit den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die ebenfalls gemäß § 6 Abs. 2 HGB. stets Vollkaufleute sind, an denen sich aber auch Minderkaufleute beteiligen können.[2])

Ebenso kann ein Minderkaufmann einen stillen Gesellschafter an seinem Geschäfte beteiligen wie auch selbst stiller Gesellschafter bei dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, sein. Der Träger der Kaufmannseigenschaft ist bei der stillen Gesellschaft nur der Inhaber des Geschäfts, der „Stille" kann daher sogar Nichtkaufmann sein.[3])

Auch die Reederei kann von Minderkaufleuten betrieben werden. Die Reederei trägt ja nicht einmal notwendig einen kaufmännischen Charakter. Soweit Personen- und Güterverkehr zur See betrieben wird, werden die einzelnen Reeder zwar Kaufleute sein; denn jeder Mitreeder ist Mitinhaber des Reedereigeschäftes und event. für seine Person Kaufmann.[4]) Wird dagegen mit der Reederei nur z. B. Robben- oder Walfischfang betrieben,

---

[1]) § 6 HGB.; vgl. Staub S. 81 § 6 Anm. 2.

[2]) Lehmann-Ring S. 45 § 6 Nr. 2.

[3]) Cosack S. 586/87 § 112, 1, 3 u. VI.

[4]) Cosack S. 550 § 113 VI.

so liegt kein Grundhandelsgewerbe vor, die einzelnen Mitreeder sind dann nicht Kaufleute.

Alle übrigen Vereinigungen von Nichtkaufleuten sind nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen,[1]) und zwar werden in erster Linie die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. in Frage kommen, obwohl es sich ja an und für sich auch, was zwar selten vorkommen wird, um rechtsfähige Vereine handeln kann, die dann als solche Minderkaufleute wären.[2]) [3])

Unter sich können die Minderkaufleute natürlich vertraglich ausmachen, daß die handelsrechtlichen Normen auf ihre Vereinigung Anwendung finden sollen, daß z. B. die handelsgesetzlichen Bestimmungen über die Gewinnverteilung Platz greifen sollen oder daß ein Gesellschafter im Verhältnis nach innen die Stellung wie ein Kommanditist haben soll.[4])

---

[1]) ROHG. Bd. 2 S. 423.

[2]) Gareis S. 73 § 12 Anm. 1; Lehmann-Ring S. 38 § 4 Nr. 1.

[3]) Tritt eine Vereinigung von Minderkaufleuten nach außen unter einer ein Gesellschaftsverhältnis anzeigenden nicht eingetragenen Firma (z. B. „& Co.") auf, so haften alle Mitglieder aus § 421 BGB. gesamtschuldnerisch, wenn auch nur ein Teilnehmer im Rahmen seiner Vollmacht unter Gebrauch der Firma kontrahiert hat, ohne die anderen namentlich zu bezeichnen (RG. Bd. 47 S. 227; Staub S. 75 § 4 Anm. 26).

[4]) Lehmann-Ring S. 42 § 4 Nr. 10; Staub S. 76 § 4 Anm. 15.

§ 12.

5. §§ 348—350 HGB. und andere dem Minderkaufmann eine gesonderte Stellung einräumende Vorschriften.

Auf den Minderkaufmann finden ferner die Vorschriften der §§ 348—350 keine Anwendung, da § 351 sie ausdrücklich davon ausnimmt. An Stelle der in diesen Paragraphen getroffenen Bestimmungen kommen daher für den Minderkaufmann lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Anwendung; eine Vertragsstrafe, zu der er sich verpflichtet hat, kann gemäß § 343 BGB. herabgesetzt werden, seine Bürgschaft, sein Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bedarf der schriftlichen Form[2]) (§§ 760, 780—782 BGB.). Hat er eine Bürgschaft übernommen, so steht ihm die Einrede der Vorausklage zu. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 348—350 können wir entnehmen, aus welchem Grunde die bestimmten Formfreiheiten auf den Vollkaufmann beschränkt bleiben sollten. Im Gegensatz zur Regierungsvorlage wollte die Reichstagskommission von der Einführung dieser Bestimmungen nichts wissen; das Sonderrecht des Handelsstandes müsse auf das notwendigste Maß beschränkt werden, man dürfe nicht ungerechtfertigterweise von dem allgemeinen Grundsatz abweichen, das Bürgerliche Gesetzbuch zur breiten Grundlage des Rechts-

[2]) RG. in Zivils. Bd. 51 S. 123.

verkehrs zu machen.[1]) Die Paragraphen wurden gestrichen, obwohl die Vertreter des Bundesrats nachdrücklich auf die Schwierigkeiten hinwiesen, die der deutschen Kaufmannschaft im internationalen Handelsverkehr durch die Streichung erwachsen mußten.[2]) Die letzteren Bedenken waren es denn auch, welche der ursprünglichen Regierungsvorlage in der zweiten Plenarsitzung zum Siege verhalfen: die gestrichenen Paragraphen wurden wieder hergestellt. Man konnte sich nicht der Erwägung verschließen, daß durch Streichung der Bestimmung der deutsche Kaufmann in der Meinung des Auslandes herabgesetzt, daß seine mühsam erkämpfte Stellung im internationalen Verkehr unnütz gefährdet werde.[3])

Alle diese Bedenken kommen natürlich beim Minderkaufmann mit seinen nur selten über die Grenzen des Lokalmarktes hinausgehenden Handelsbeziehungen in Fortfall; eine Benachteiligung seiner Stellung im internationalen Verkehr braucht er nicht zu fürchten, wenn für ihn die Vorschriften, welche das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Hinsicht getroffen hat, in Anwendung

[1]) Hahn, Mat. S. 621.

[2]) Aus diesen Gründen hatte ein Mitglied angeregt, im Einführungsgesetz Bestimmungen zu formulieren, welche den Inhalt der gestrichenen Paragraphen auf den ausländischen Verkehr zur Anwendung brächten (Hahn S. 22 unten).

[3]) vgl. die Reden des Abgeordneten Lenzmann, des Dr. Klügmann und des Senators Dr. Burchard v. 6. 4. 1897; Hahn, Mat. S. 738–745.

kommen. Im Gegenteil ist es für ihn im gewissen Sinne eine Bevorzugung, von den Bestimmungen der §§ 348—350 HGB. befreit zu sein.[1])

Aus dem Gebiete des übrigen Rechts seien an dieser Stelle einige Rechtsnormen erwähnt, die dem Minderkaufmann eine vom Vollkaufmann gesonderte Stellung geben. So findet auf ihn das Depotgesetz v. 5. 7. 1896 keine Anwendung, während das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894 nicht in Frage kommt, wenn der Empfänger der Ware Voll-, wohl aber, wenn er Minderkaufmann ist. Letzterer wird hier den Nichtkaufleuten gleichgestellt.

Der Minderkaufmann kann auch nicht zum Handelsrichter ernannt werden, da gemäß § 113 GVG. nur ein als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister Eingetragener oder eingetragen Gewesener hierzu qualifiziert ist. In Preußen ist ihm auch die Mitgliedschaft der Handelskammer verschlossen gemäß preußischen Gesetzes v. 24. 12. 1870 und 19. 8. 1897 § 3 Abs. 2 Ziff. 1.[2])

§ 13.

6. Voll- und Minderkaufmann in einer Person.

Eine bestrittene Frage ist es, ob dieselbe Person zugleich Voll- und Minderkaufmann sein kann. Verneint

---

[1]) Denkschr. in Hahn, Mat. S. 354.

[2]) Lastig a. a. O. S. 541.

wird diese Frage von Goldschmidt[1]) und Gareis,[2]) nach deren Ansicht der Kaufmannsstand, ebenso der Vollkaufmannsstand ein unteilbarer ist. Wer einmal Vollkaufmann sei, bleibe es auch für ein Geschäft, das ihm an und für sich nicht die Vollkaufmannseigenschaft erteilt haben würde. Diese Ansicht ist jedoch eine irrige. Bietet doch das Gesetz im § 3 HGB. die Möglichkeit des Zusammenfallens der Eigenschaft von Vollkaufmann und Nichtkaufmann in einer Person, wenn nämlich ein Landwirt für seinen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Nebenbetrieb auch gleichzeitig durch erfolgte Eintragung Vollkaufmann ist.[3]) Irgendwelche beweiskräftige Belege für ihre Ansicht anzuführen, sind denn auch die genannten Schriftsteller nicht in der Lage. Sie beweisen die Ansicht auch nicht durch den Hinweis, daß ein für das vollkaufmännische Geschäft bestellter Prokurist auch in den Rahmen des minderkaufmännischen Geschäfts fallende Rechtshandlungen vornehmen könne, da die Prokura zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, der Kaufmann also entgegen der Gesetzesvorschrift auch für das minderkaufmännische Geschäft einen Prokuristen haben würde.[4]) Wenn im angeführten Falle nach außen hin tatsächlich wegen der Vereinigung der beiden

[1]) Goldschmidt § 46 S. 533.

[2]) Gareis § 4 Anm. 12.

[3]) Lehmann-Ring S. 40 Nr. 5.

[4]) Goldschmidt § 46 S. 533 f.

Geschäfte in der Person desselben Inhabers dieser letztere durch Rechtshandlungen seines Prokuristen, auch soweit solche sich auf das minderkaufmännische Geschäft beziehen, gebunden würde, würde nach innen die Trennung doch immer wieder zur Geltung kommen. Der Prokurist würde sich z. B. durch schädigende Geschäftsabschlüsse für das minderkaufmännische Geschäft lediglich aus dem Grunde schadensersatzpflichtig machen, daß er für dieses Geschäft nicht als Prokurist angestellt war.

Da nun das Gesetz selbst die Vereinigung von Voll- und Nichtkaufmannseigenschaft in einer Person, wie angeführt, im § 3 erwähnt, so wird man unbedingt, wie auch die jetzt herrschende Ansicht[1]) es tut, die Vereinigung von Voll- und Minderkaufmannseigenschaft zulassen müssen, die ersterem Fall gegenüber doch ein minus ist. Die Pflichten des Vollkaufmanns muß der betreffende Inhaber beider Geschäfte natürlich nur soweit das vollkaufmännische Geschäft in Betracht kommt erfüllen.[2]) So ist z. B. eine im Rahmen des minderkaufmännischen Geschäfts abgegebene mündliche Bürgschaftserklärung nicht bindend, da hierfür Schriftlichkeit nötig gewesen wäre. In der Buchführung muß freilich auch das minderkauf-

---

[1]) v. Hahn § 7 zu Art. 10 S. 76; Staub § 4 Anm. 30; Makower § 4 II S. 18; Lehmann-Ring § 4 Nr. 5 S. 40; Cosack S. 48; Behrend S. 195 § 36 Anm. 17; RG. in Strafs. Bd. 25 S. 171; OLG. Marienwerder in Zeitschr. f. HR. Bd. 46 S. 466.

[2]) RG. in Strafs. Bd. 25 S. 171.

männische Geschäft berücksichtigt werden,[1]) da aus den Büchern sich ja der Stand des Vermögens ergeben muß, auf welchen selbstverständlich die Einnahmen oder etwaigen Verluste des minderkaufmännischen Geschäftes von Einfluß sind. Es soll damit nicht gesagt sein, daß für letzteres Geschäft eine dem Gesetz entsprechende Buchführung erforderlich ist, es genügt vielmehr, wenn in den Handelsbüchern des Kaufmanns über das minderkaufmännische Gewerbe diejenigen Eintragungen gemacht sind, die für eine Gesamtvermögensübersicht nötig sind.

Die hier erörterte Frage bezieht sich jedoch nur auf den Fall, daß zwei getrennte Geschäfte vorliegen.[2]) Handelt es sich dagegen um zwei eng miteinander verbundene Geschäfte, um einen Gesamtbetrieb beider, etwa um Zweigniederlassungen eines und desselben Hauptgeschäftes, so ist nur die kaufmännische Eigenschaft maßgebend, welche der Hauptbetrieb verleiht.[3]) Ist diese die Vollkaufmannseigenschaft, so ist der betreffende Inhaber auch für das Zweiggeschäft Vollkaufmann.

---

[1]) RG. in Strafs. Bd. 5 S. 509, Bd. 25 S. 3, 170.

[2]) Staub S. 76 § 4 S. 30.

[3]) Lehmann-Ring S. 40 § 4 Nr. 5.

C. Schlußbemerkungen.

§ 14.

Am Schlusse unserer Abhandlung sei darauf hingewiesen, daß der Minderkaufmann den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs untersteht, sofern er nicht ausdrücklich von diesen befreit ist. Er ist Kaufmann, und in seinem Auftreten im Rechtsleben muß er als solcher behandelt werden; Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns finden, abgesehen von den genannten Ausnahmen, auf ihn ihre Anwendung.

Die im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossenen Geschäfte sind, um einige Beispiele zu nennen, Handelsgeschäfte (§ 343 HGB), er hat das Recht, 5% Zinsen zu verlangen, wie die Pflicht, sie zu gewähren, er hat das Recht auf Provision (§ 354), er kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausüben (§ 369), er kann im Kontokorrentverkehr stehen (§ 355), auch finden die Vorschriften über die Handlungsbevollmächtigten und die Handlungsgehilfen für den Minderkaufmann Anwendung. Ebenso wie der Vollkaufmann muß der Minderkaufmann im Falle des § 347 für die Sorgfalt eines ordentlichen

Kaufmanns einstehen, wobei jedoch nicht außer acht zu lassen ist, daß der Minderkaufmann trotzdem nicht mit dem Maß des Vollkaufmanns zu messen sein wird, vielmehr muß z. B. die Sorgfalt der Kategorie von Kaufleuten angewandt werden, der der Genannte angehört.[1])

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 56; Goldmann Bd. 1 S. 34, Bd. 3 S. 1371; ROHG. Bd. 13 S. 439.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.